Der Begriff

des

Gewahrsams

in den beiden Delikten

Diebstahl und Unterschlagung.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristen-Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Ernst Ewald,

Kammergerichtsreferendar.

Berlin 1900.

Druck von R. Sieble, Invalidenstraße 6.

Der Begriff

des

Gewahrsams

in den beiden Delikten

Diebstahl und Unterschlagung.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristen-Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Ernst Ewald,

Kammergerichtsreferendar.

Berlin 1900.

Druck von R. Sieble, Invalidenstraße 6.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0076

Inhalt.

§ 1. Einleitung.

I. Abschnitt.
Allgemeiner Teil.

§ 2. Der Gewahrsam als strafrechtlicher Begriff.
§ 3. Thatsächliche Herrschaft und Herrschaftswille.

II. Abschnitt.
Besonderer Teil.

§ 4. Der Erwerb des Gewahrsams.
§ 5. Die Fortdauer des Gewahrsams.
§ 6. Die Beendigung der Gewahrsamsherrschaft.
§ 7. Die Uebertragung des Gewahrsams.
§ 8. Die Mitgewahrsamsverhältnisse.

§ 1. Einleitung.

Das Reichsstrafgesetzbuch behandelt den Diebstahl und die Unterschlagung in einem Abschnitte, der die Ueberschrift „Diebstahl und Unterschlagung" trägt. § 242 bestimmt:

> „Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft . . . ."

§ 246 schreibt vor:

> „Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung . . . bestraft."

Das R. Str. G. B. ist mit dieser Regelung nicht dem römischen Rechte gefolgt, welches nur das weitumfassende Delikt des furtum kannte, das Paulus (l. 1. § 3 D. 47. 2) als contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve definiert; sondern es hat sich dem alten deutschen Rechte angeschlossen, nach welchem dem eigentlichen Diebstahle das unserer heutigen Unterschlagung entsprechende „diebliche Behalten" entgegengesetzt wurde. Diebstahl und Unterschlagung haben, wie nach altem deutschen Rechte,[1]) so auch nach dem

[1]) Sachsenspiegel II 29; Köstlin Kritische Ueberschau Bd. III S. 153.

R. Str. G. B. zum Gegenstande eine fremde bewegliche Sache. Ihr wesentlichster Unterschied besteht darin, daß der Stehlende wegnimmt, der Unterschlagende aber behält.

Das den Diebstahl charakterisierende Wegnehmen definiert die gemeine Meinung[2]) als ein Brechen fremden Gewahrsams und Begründung eines eigenen Gewahrsams. Was unter dem Behalten als Merkmal der Unterschlagung zu verstehen sei, findet in der vom Gesetze gegebenen Definition der Unterschlagung selbst seine nähere Bestimmung: Es wird die Zueignung einer Sache verlangt, die der Thäter „in Besitz oder Gewahrsam hat." Besitz und Gewahrsam in diesem Sinne sind keine Gegensätze, sondern bezeichnen dasselbe. Der Doppelausdruck ist nur deshalb gewählt, weil man „bei der Unklarheit der Landesrechtlichen Lehre vom Besitze" „jedes nähere Eingehen auf die Besitzverhältnisse vermeiden" wollte.[3]) Er ist daher als ein ἓν διὰ δυοῖν[4]) aufzufassen und bedeutet, wie H. Meyer sich ausdrückt, Besitz im Sinne von Gewahrsam.[5]) [6])

[2]) v. Liszt Lehrbuch S. 447, Olshausen Kommentar § 242 No. 24, Hälschner Gemeines deutsches Strafrecht Bd. II S. 288, Hans Ewald Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung von einander S. 13, 30. A. M. freilich H. Meyer Lehrbuch S. 555, Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 643.

[3]) Goltdammer's Materialien II S. 458.

[4]) Frank Kommentar § 246 A. II No. 4.

[5]) H. Meyer S. 544 A. 34; ähnlich Binding Grundriß II. S. 149; Hans Ewald S. 17; Schütze Kommentar S. 442 A. 7.

[6]) Der in Rede stehende Ausdruck ist in folgendem wie von den meisten Kriminalisten durch das Wort „Gewahrsam" wiedergegeben. Binding spricht statt dessen von „Besitz", da er in Uebereinstimmung mit Dernburg das Wort Gewahrsam im Sinne von custodia anwendet. Hans Ewald (S. 17) braucht beide Worte unterschiedslos nebeneinander; das Reichsgericht spricht neuerdings auch von Besitz statt wie früher von Gewahrsam (vergl. indessen hierüber S. 11). Die Civilisten setzen Gewahrsam in Gegensatz zum civilistischen Besitze. So sagt Dernburg (das Bürgerliche Recht

Somit ist für die Unterschlagung das Vorhandensein des Gewahrsams auf Seiten des Thäters zur Zeit der That,[7]) für den Diebstahl das Vorhandensein des Gewahrsams auf Seiten eines Anderen zur Zeit der That, der Bruch dieses Gewahrsams durch den Thäter und Herstellung seines eigenen Gewahrsams unerläßlich.

Es ist ersichtlich, daß für die Entscheidung, ob eine Strafthat als Diebstahl oder als Unterschlagung oder keines von beiden zu betrachten sei, die Beantwortung der Frage ausschlaggebend sein kann, was unter dem „Gewahrsam" zu verstehen sei. Bei der großen praktischen Bedeutung dieser Frage dürfte eine Erörterung des Begriffs des Gewahrsams nicht ohne Interesse sein.

Deutschlands und Preußens III S 47): „Der Besitzgehilfe hat bloß Gewahrsam." Endemann Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs II S. 159 bezeichnet mit dem Gewahrsam dasselbe, was das Allgemeine Landrecht §§ 1, 138 I 7 unter Gewahrsam verstand.

Aus dem Worte selbst ist daher nicht ohne Weiteres auf den mit ihm verbundenen Sinn zu schließen.

[7]) So auch entsprechend dem klaren Wortlaute des Gesetzes Reichsgericht Entsch. Bd. 19 S. 38; Olshausen § 246 No. 9, Oppenhoff Kommentar § 246 No. 37, Frank § 246 A. II No. 4; Maschke das Eigentum in Civil- und Strafrecht S. 225; an sich auch v. Liszt S. 466 und H. Meyer S. 544. Dagegen sind Binding Normen II S. 542 und insbesondere Grundriß II. S. 144, Berner Lehrbuch S. 558, Többen Diebstahl an Erbschaftssachen S. 25 und Wächter Vorlesungen S. 426 der Ansicht, daß auch schon dann Unterschlagung vorliege, wenn die Sache (bloß negativ) zur Zeit der That nicht im Gewahrsam des Verletzten sich befinde, gleichgültig, ob sie im Gewahrsam des Thäters sei oder nicht. Ueber die insbesondere bei der Fundunterschlagung hervortretenden Consequenzen dieser Ansichten s. § 3 A. 4.

I. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 2.

Der Gewahrsam als strafrechtlicher Begriff.

Bis vor Kurzem ist man darüber fast einig gewesen, daß der Gewahrsam „nicht gleich Besitz im civilistischen Sinne“[1]) sei, daß es „sich überhaupt nicht . . . . um civilistische Gesichtspunkte“[2]) für die Bestimmung des Gewahrsamsbegriffs handele, sondern daß „die Natur der Sache offenbar dahin weise, strafrechtliche Gesichtspunkte“[3]) hierfür zu gewinnen.

Seit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs indessen ist die Frage aufgetaucht, ob und in welcher Weise die dort normierte Besitzordnung auf den Gewahrsamsbegriff des Diebstahls und der Unterschlagung von Einfluß sei, und ob etwa nunmehr, wo der Besitz im Reiche civilrechtlich einheitlich geordnet ist, dieser an die Stelle des bisherigen strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs zu treten habe.

Verschiedene Schriftsteller sind der Ansicht, daß die Neuregelung des Besitzes im B. G. B. für die Bestimmung von Diebstahl und Unterschlagung einflußlos ist. So Lobe[4]) und sehr entschieden v. Bülow[5]). Auf derselben

[1]) v. Liszt Lehrbuch 7. Auflage S. 416.

[2]) Olshausen § 242 No. 15.

[3]) Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch III S. 630; ferner Binding Grundriß II S. 149, Hans Ewald S. 17, Hälschner System des preußischen Strafrechts III S. 429, Maschke S. 225, Reichsgericht Entsch. Bd. 30. S 88, auch Frank § 242 A. IV. Abweichend von den Neueren, soviel ich sehe, nur Kapff die Unterschlagung S. 60.

[4]) in seiner Schrift: der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes.

[5]) Goltdammer's Archiv Bd. 45 S. 321.

Seite stehen auch Binding, der einen Einfluß der Vorschriften des B. G. B.'s auf den Unterschied von Diebstahl und Unterschlagung zu verneinen geneigt ist,[6]) und neuestens Richard Schmidt[7]). Die entgegengesetzte Meinung vertritt Bekker.[8]) Er ist der Ueberzeugung, daß der civilrechtliche Besitz derselbe sein müsse wie der strafrechtliche, und schlägt deshalb vor, die Worte „oder Gewahrsam" im § 246 Str. G. B.'s zu streichen; denn die Ausgleichung und Vereinigung der beiden Besitzbegriffe erscheint ihm zwingend erforderlich.

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen v. Liszt und Strohal ein. Letzterer nimmt an, daß, wo unmittelbarer Besitz nach dem B. G. B. vorliegt, auch Gewahrsam im Sinne des Strafgesetzes vorhanden, dagegen der Begriff der unselbständigen Inhabung strafrechtlich nicht verwertbar sei.[9]) Jener hat in der neuesten, 9. Auflage seines Lehrbuches die früher hinter „Gewahrsam" stehenden Worte „nicht gleich Besitz im civilrechtlichen Sinne" gestrichen und sagt statt dessen in der Anmerkung: „Der Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams deckt sich mithin mit der Begriffsbestimmung des Besitzes im § 854 B. G. B. Soweit das B. G. B. Besitz fingiert, wo die thatsächliche Gewalt durch bloß rechtliche Befugnis ersetzt ist (§ 868), sind diese Fiktionen ohne strafrechtliche Bedeutung."[10])

[6]) Sächsisches Archiv Bd. 8 S. 319.

[7]) Deutsche Juristen-Zeitung Bd. V S. 146.

[8]) Ihering's Jahrbücher f. Dogmatik Bd. 34 S. 64 f. Nach Römpler's Ansicht (S. 43) sollte der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams nur ein Notbehelf bis zur Kodifikation des Civilrechts sein. Hans Ewald, der die ganze Frage nur streift, bemerkt S. 18: „Erst nach Einführung des B. G. B. wäre es möglich, hier seine Zuflucht zu civilrechtlichen Begriffen zu nehmen." Niedner Kommentar zum E. G. B. G. B. Art. 34 S. 86 nimmt zu dieser Frage keine Stellung.

[9]) Sächsisches Archiv Bd. 8 S. 319.

[10]) v. Liszt Lehrbuch 9 Aufl. S. 446.

Wie das B. G. B. auf die den Diebstahl und die Unterschlagung betreffenden jüngsten Entscheidungen des Reichsgerichts eingewirkt hat, geht aus folgendem hervor: In der Entscheidung Bd. 30 S. 88 vom 3. Mai 1897 heißt es noch: „Der Gewahrsam bildet ein thatsächliches Verhältnis, für dessen Vorhandensein oder nicht Vorhandensein die am betreffenden Orte geltenden civilrechtlichen Vorschriften über Besitz und Detention nicht maßgebend sind." Dagegen ist in der Entscheidung vom 8. November 1898 (Bd. 31 S. 321) der Ausdruck Gewahrsam überhaupt vermieden, es ist nur von Besitz die Rede, und zur Begründung dafür, daß eine „Besitzübertragung" der gestohlenen Sache auf den Verletzten seitens des Angeklagten stattgefunden habe, wird auf § 854 Abs. 2 B. G. B. direkt Bezug genommen. Es hat darnach den Anschein, als ob das Reichsgericht der Ansicht zuneigt, daß das B. G. B. auf die Unterscheidung von Diebstahl und Unterschlagung unmittelbar von Einfluß ist.

Diese Ansicht erscheint nicht zutreffend. Man wird bei der Beantwortung der Frage zunächst sich vergegenwärtigen müssen, daß die Gebiete des Civil- und Strafrechts an sich ganz unabhängig von einander sind. Freilich sind sie desselben Zweckes wegen da, nämlich zum Schutze menschlicher Interessen. Daher kann es sehr wohl vorkommen, daß ihre Gebiete einmal zusammenfallen, daß ein Interessengut zugleich strafrechtlich und civilrechtlich geschützt ist wie z. B. das Eigentum. Aber oft decken sich ihre Gebiete nicht. So sind sie auch nach dem Inkrafttreten des B. G. B.'s offenbar nicht dieselben. Es sei nur an folgendes erinnert: Die einfache, nach § 185 St. G. B.'s strafbare Beleidigung ist civilrechtlich ohne Bedeutung, da sie nicht unter den § 824 B. G. B.'s fällt.[11]) In diesem Falle geht also das Strafrecht über das Civilrecht hinaus.

[11]) v. Liszt Deliktsobligationen S. 23.

Andererseits verpflichtet die Kreditgefährdung nach demselben § des B. G. B.'s, auch als fahrlässige, zum Schadenersatze, dagegen ist nicht auch die fahrlässige, sondern nur die wider besseres Wissens erfolgende Kreditgefährdung mit Strafe belegt. Hier reagiert also umgekehrt das Civilrecht, nicht aber zugleich auch das Strafrecht.

Der Grund für diese Erscheinung liegt darin, daß dem Gesetzgeber verschiedene Mittel zu Gebote stehen, die Interessengüter des Volkes zu schützen und ihre Verletzungen abzuwenden, darin, daß das eine Gut im Civilrecht, das andere im Strafrecht einen wirksameren Schutz findet. In der Regel wird freilich der strafrechtliche Schutz erst da eintreten, wo die Gesellschaft durch civilrechtliche Bestimmungen nicht ausreichend geschützt ist. Indessen liegt es in der Hand des Gesetzgebers, zu bestimmen, bei welcher Interessengutsverletzung der schärfere Schutz des Strafrechts eintreten, welches Unrecht ein bloßes Civil- und welches ein kriminelles Unrecht sein soll. Es besteht nämlich zwischen beiden kein qualitativer Unterschied: jedes Unrecht ist straffähig.[12]) Aber „die Frage, für welche Fälle die Gesetzgebung eine Strafe festsetzen soll, ist eine reine Frage der sozialen Politik"[13]), deren Beantwortung Sache des Gesetzgebers ist. Umgekehrt wäre, wie Ihering sagt,[14]) „wo die sonstigen Mittel zur Verwirklichung des Rechts ausreichen, die Anwendung der Strafe unverantwortlich."

Daraus folgt, daß man nur dann annehmen darf, ein Unrecht sei ein Criminalunrecht, falle also unter das Strafgesetz, wenn es der Gesetzgeber nachweislich als ein solches hat hinstellen wollen, und weiter, daß man nicht etwa daraus, daß ein Gut civilrechtlichen Schutz genießt, folgern darf, es müsse deshalb auch strafrechtlich geschützt sein.

12) Binding Die Normen und ihre Uebertretung Bd. I S. 429.
13) Ihering Zweck im Rechte Bd. II S. 486.
14) ebendaselbst, vergl. auch Lobe a. a. O. S. 12 f.

Aus diesem Grunde ist Bekkers[15]) Ausruf: „Und alsdann wird es schwer halten, stichhaltige Gründe dafür anzugeben, warum der civilrechtliche Besitz oder Gewahrsam ein andrer zu sein habe als der strafrechtliche, warum ein gewisser Thatbestand ausreiche zur Begründung des strafrechtlichen Schutzes, aber nicht des civilrechtlichen, oder umgekehrt des civilrechlichen, aber nicht des strafrechtlichen," durchaus unberechtigt. Denn es kann sich nicht darum handeln, negativ nachzuweisen, warum ein civilrechtlich geschützter Thatbestand keinen strafrechtlichen Schutz genießen sollte; die gegenteilige Vermutung existiert ja gar nicht. Nein umgekehrt! Wenn der civilrechtliche Besitz auch Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes im Vergehen des Diebstahls sein sollte, so müßte, wie ausgeführt, erwiesen werden, daß der Gesetzgeber gerade den civilen Besitz im Diebstahl hat schützen wollen. Mit Recht hebt Schmidt hervor:[16]) „Vielmehr erwartet das Strafgesetz die Auslegung des Begriffes aus seinen eigenen Grundgedanken heraus; maßgebend für sie ist die Natur des Rechtsguts, das nach Absicht des Gesetzgebers als Angriffsobject des strafrechtlichen Verbrechens in Betracht kommt."

Dieses Angriffsobject ist aber beim Diebstahl neben dem Eigentum nicht die Besitzordnung des Civilrechts. Zwar haben Binding und Rotering die Ansicht vertreten, daß durch die Diebstahlsnormierung die Besitzordnung geschützt werden soll. Allein Rotering's Ausführungen[17]) lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß er damit nicht die civile Besitzordnung gemeint habe, hebt er doch ausdrücklich hervor, daß der Gesetzgeber bei Aufstellung des Diebstahlbegriffs „von dem deutschen althergebrachten volkstümlichen Begriffe so wenig als möglich abweichen"

[15]) Bekker a. a. O.

[16]) Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrgang V S. 149.

[17]) in Ihering's Jahrbüchern Bd. 35 S. 351 ff.

wollte, daß „soweit das Strafgesetzbuch wenigstens in den §§ 242, 246 mit dem Begriff des Gewahrsams operiert, es die civilrechtliche Auffassung überhaupt ganz zurückgewiesen habe. Und Binding hat seine in den Normen (Bd. I S. 213) aufgestellte Ansicht vollständig wieder fallen lassen. In seinem Grundrisse sagt er: „Das Strafrecht bedarf seines eigenen, inhaltlich vom Civilrechte unabhängigen Besitzbegriffs deshalb, weil es nicht dem Besitze des Privatrechts Strafschutz gewähren will."

Vielmehr handelt es sich hier, wie Binding sodann mit Recht erklärt, um eine „unbefugte Mißachtung eines fremden Herrscherwillens."[18])

Das Vergehen enthält ein persönliches Element. Die Friedensordnung der Gesamtheit beruht darauf, daß der Einzelne die Machtsphäre, den Kreis, in welchem der andere seinen Willen bethätigt, achtet und scheut; der Eingriff in die Herrschaftssphäre des anderen enthält deshalb eine Mißachtung des Willens dieses anderen. Wo sich aber ein solcher Herrschaftswille des Einzelnen bethätigt, wo er als vorhanden angesehen wird und deshalb geachtet werden muß, darüber entscheidet das Volksbewußtsein. Deshalb muß dieses bei der Bildung des Gewahrsamsbegriffs zu Grunde gelegt werden, damit man bei der Auslegung des Diebstahls und der Unterschlagung zu Ergebnissen gelangt, die mit der Rechtsüberzeugung des Volkes übereinstimmen. Eine Uebertragung des Besitzbegriffs des B. G. B.'s auf den Gewahrsam bei beiden Delikten würde dagegen zu Resultaten führen, die von dem jetzigen Begriffe des Diebstahls und der Unterschlagung weit ablägen. Das zeigen folgende Beispiele:

---

[18]) II S. 142, 149, 156. Ebenso Huber S. 45 und Dickel S. 37: der Dieb läßt „außer der Zueignung durch die Wegnahme noch einen Eingriff in die Willenssphäre eines andern sich zu Schulden kommen."

1) Der Inhaber eines Bankgeschäftes wohnt dauernd im Auslande und läßt sein Handelsgewerbe in Berlin durch seine Prokuristen betreiben: jener ist ausschließlicher Besitzer (Dernburg, das Bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens Bd. III S. 48). Die Prokuristen begingen also, wenn sie sich zum Handelsgeschäfte jenes Inhabers gehörige Sachen aneigneten, stets einen Diebstahl.

2) Die Vorstände einer Körperschaft sind bloße Besitzgehilfen (Dernburg a. a. O. S. 49). Angenommen, der Vorstand bestünde aus einer Person, so würde diese, auch wenn sie die ganze Verwaltung der Körperschaft zu führen hätte, durch Aneignung von Körperschaftsgut einen Diebstahl begehen können.

3) Auch der mittelbare Besitzer ist wahrer Besitzer (Strohal Sachbesitz in Jhering's Jahrbüchern Bd. 38 S. 17, Dernburg a. a. O. S. 46, 47, Endemann Einführung in das Studium des B. G. B.'s Bd. II S. 124, 125, Cosack Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II 1 S. 63, Fischer-Henle Handausgabe des B. G. B.'s § 868 A. 4). Der Verpächter hat also Besitz an der verpachteten Sache. Folglich müßte der Pächter, der sich eine mitverpachtete, dem Verpächter gehörige Sache zueignet, sich eines Diebstahls dieser Sache schuldig machen.

4) Bekker sagt (a. a. O. S. 41): „Der Finder ist entweder ehrlich oder unehrlich; im ersteren Falle wird man ihn zu den Besitzmittlern zu rechnen haben, folglich bleibt (!) der Verlierer mittelbarer Besitzer." Wenn also der Finder, der die gefundene Sache in ehrlicher Absicht aufgenommen hat, sie sich später zueignet, so bräche er durch die Zueignung den mittelbaren Besitz des Verlierers, der ja bis dahin fortgedauert haben soll: Folglich müßte er keine Unterschlagung, sondern einen Diebstahl begehen.

5) Nach § 857 B. G. B.'s geht der Besitz auf den Erben über. Stirbt also z. B. der an der ostpreußischen Küste in einsamer Fischerhütte lebende Erblasser und hinterläßt als alleinigen Erben in Straßburg i. Els. ein Kind im Alter von wenigen Tagen, so würde dieses Kind durch Aneignung einer Nachlaßsache durch einen Dritten bestohlen; denn der ganze Nachlaß ist im Besitze dieses Kindes, während doch von einer thatsächlichen Beherrschung des Nachlasses durch das Kind wirklich nicht die Rede sein kann.

Es liegt auf der Hand, daß die gegnerische Meinung, nach der der Gewahrsam gleich dem Besitz im civilrechtlichen Sinne sein soll, eine bedeutende Erweiterung des Diebstahlsbegriffs im Gefolge hätte und somit einen Verstoß gegen den im § 2 R. Str. G. B.'s aufgestellten Grundsatz: nulla poena sine lege enthielte.

Man könnte vielleicht hiergegen einwenden: Für die Bestimmung der fremden Sache im Diebstahl und der Unterschlagung hat man zunächst auch, insbesondere das Preußische Ober-Tribunal [19]) einen besonderen kriminellen Begriff aufgestellt; sehr bald aber ist man allgemein davon abgekommen und hat Straf- und Civilrecht in dieser Richtung in Uebereinstimmung gebracht, obwohl doch in den einzelnen Landesteilen ein recht verschiedenes Eigentumsrecht vorhanden war. Warum sollte man nicht jetzt das Gleiche hinsichtlich des Gewahrsamsbegriffs thun, wo der Besitz im ganzen Reiche einheitlich geordnet ist?

Darauf ist zu erwidern: Nachdem unser R. Str. G. B. durch die Formulirung des § 246 die Unterschlagung von dem Begriffe der Untreue fest abgegrenzt hatte — das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 hatte die Unterschlagung

[19]) Vergl. Kapff S. 37 ff.; von Stemann Unterschlagung und Untreue S. 14 ff; auch Hälschner II S. 346, 347 und Ziethen Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen § 6 S. 19 ff.

noch als eine Unterart der Untreue aufgefaßt[20]) — zeigte es sich, daß die Construktion eines besonderen kriminellen Eigentums diese Grenze wieder zu verwischen drohte[21]) und, wie Merkel betont,[22]) zu einer analogen Erweiterung des Unterschlagungsbegriffs führte. Die Beschränkung des Begriffs der fremden Sache bei der Unterschlagung auf den civilen Eigentumsbegriff geschah also nicht deshalb, um Straf- und Civilrecht in diesem Punkte in Einklang zu bringen, sondern hatte den Zweck, die Erweiterung des Delikts der Unterschlagung zu verhüten. Gerade umgekehrt würde, wie gezeigt, die Gleichstellung des Gewahrsamsbegriffs mit dem civilrechtlichen Besitzbegriff eine Erweiterung des Diebstahls herbeiführen, die unzulässig ist.

Gegen die Ansicht, der civilistische Besitzbegriff müsse für den Unterschied von Diebstahl und Unterschlagung nunmehr ausschlaggebend sein, spricht außerdem folgendes: Das Einführungsgesetz zum B. G. B. stellt in Art. 32 den Grundsatz auf: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergiebt." Für die Entscheidung der Frage über die Einwirkung des B. G. B.'s auf den Diebstahl und die Unterschlagung wird man also außer der Absicht des Strafgesetzbuchs die Absicht der entsprechenden Normen des B. G. B.'s bezw. seines Einführungsgesetzes zu erforschen haben.

Die Absicht des Strafgesetzbuchs ging, wie erörtert, dahin, nicht die civile Besitzordnung im Diebstahl zu

[20]) § 225 fordert ein Handeln „zum Nachteile des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers" in Anlehnung an Code pénal art. 408: au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs. Vergl. auch Goltdammer Mat. II S. 506.

[21]) Kapff S. 40.

[22]) In v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 694.

schützen, sondern den eigentümlichen, aus strafrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmenden Gewahrsam. Das B. G. B. enthält nun nichts über das Verhältnis seiner Besitzordnung zu dem Gewahrsam der §§ 242, 246 St. G. B.'s. Aber das Einführungsgesetz bestimmt in Art. 34 unter neun Nummern die Abänderungen des Strafgesetzbuchs.

Ueber den Gewahrsam des Strafrechts ist hier nichts gesagt, weil man es abgelehnt hatte, das Strafgesetz in dieser Hinsicht abzuändern. Es war nämlich ebenso, wie Bekker wollte, in der Reichstagskommission[23]) zu Artikel 33 (dem jetzigen Art. 34) beantragt worden, eine Bestimmung einzuschalten, welche die Streichung der Worte „oder Gewahrsam" zum Inhalte hatte. Da indessen, wie die Reichstagskommission in ihrem Berichte hervorhebt, „die herrschende Ansicht dahin gehe, daß die Begriffe Besitz und Gewahrsam für das Strafrecht nicht aus dem Landescivilrecht zu substantiieren, sondern aus dem Strafgesetzbuch zu ermitteln seien", so wurde der Antrag abgelehnt. Der ganze Artikel wurde sodann bei der zweiten und dritten Lesung des Gesetzes im Reichstage ohne Debatte angenommen. Daraus erhellt positiv, daß der Reichstag der in der Kommission zur Herrschaft gelangten Ansicht sich angeschlossen hat, also das Einführungsgesetz eine Aenderung des Diebstahls- und Unterschlagungsbegriffs durch die Neuregelung der Besitzordnung im B. G. B. nicht beabsichtigt hat.

Nach alledem wird die Meinung, daß an die Stelle des bisherigen Gewahrsamsbegriffs derjenige des B. G. B.'s zu treten habe, zu verwerfen sein. Anderenfalls aber müßte auch der ganze civilistische Besitzbegriff für die Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung maßgebend sein. Eine teilweise Uebertragung des Civilbegriffs in das

---

[23]) Mugdan Materialien zum B. G. B. Bd. I S. 312.

Strafrecht wäre prinziplos und ungerechtfertigt und muß daher mit Lobe[24]) und Binding[25]) entschieden abgelehnt werden. Denn entweder ist Gegenstand des Diebstahls der civile Besitz und dann muß dieser in seinem ganzen Umfange in das Strafrecht bezüglich des Diebstahls und der Unterschlagung eintreten, oder aber es wird ein anderes Gut im Diebstahl geschützt als der civilistische Besitz und dann ist der Begriff für jenes unabhängig von diesem zu entwickeln.

Eine andere Frage ist es freilich, inwieweit die Besitzordnung des B. G. B.'s indirect auf die Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung einwirkt und demnächst einwirken wird. Daß eine solche indirecte Einwirkung stattfinden wird, ist allerdings wohl anzunehmen[26]). Denn das B. G. B. hat wenigstens den unmittelbaren Besitz als ein „Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als thatsächliche Herrschaft erscheint"[27]), aufgefaßt, es geht also von demselben Grundgedanken wie das Strafrecht bei der Bildung seines Gewahrsamsbegriffs aus. Aber das Civilrecht führt diesen Grundgedanken doch nicht rein durch, da es zugleich mit der Besitzregelung andere Zwecke verfolgt, soll doch der civilrechtliche Besitz an beweglichen Sachen eine Eigentumsvermutung für den Besitzer abgeben[28]). Schon hierdurch geraten spezifisch civilrechtliche Gedanken in den Besitzbegriff, durch welche er dem strafrechtlichen entfremdet wird. Freilich wird die Besitzregelung des B. G. B.'s auf

---

[24]) Lobe a. a. O. S. 27.

[25]) Grundriß II S. 149: „andernfalls wäre jene Abhängigkeit unumgänglich."

[26]) Vergl. Lobe S. 25 ff.

[27]) Gareis ꝛc. Kommentar zum B. G. B. Bd. III S. 3 (Biermann).

[28]) Endemann a. a. O. Bd. II S. 166.

das Rechtsbewußtsein des Volkes allmählich einwirken und vielleicht seine Anschauung darüber, wann jemand über eine Sache eine thatsächliche Herrschaft ausübt, mit der Zeit in Annäherung an die Bestimmungen des B. G. B.'s modifizieren. Insoweit dürfte mit dem Wandel des Volksbewußtseins, der Volksanschauung über das soziale Phänomen der Herrschaft des Einzelnen über eine Sache auch der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams beim Diebstahl und der Unterschlagung eine Modifizierung erleiden. Dagegen dürfte insbesondere der Satz, daß der Besitz schlechthin auf den Erben übergehe, auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff kaum einen Einfluß ausüben, da diese Bestimmung im Volksbewußtsein wohl stets als Fiktion[29]) empfunden werden wird.

Aber auch die Frage, ob der unmittelbare Besitz des B. G. B.'s mit dem Gewahrsam der §§ 242, 246 St. G. B.'s sich deckt, was nach von Liszt's Meinung der Fall ist[30]), wird zu verneinen sein. Das wird im Laufe der folgenden Darstellung an den zutreffenden Stellen darzuthun sein.

---

§ 3.

Thatsächliche Herrschaft und Herrschaftswille.

Wenn man davon ausgeht, daß der Diebstahl neben der Eigentumsverletzung eine Mißachtung gegen die Person des anderen enthält, indem er dessen Herrschaftsgebiet verletzt, so wird man den Gewahrsam als ein auf dem Willen der Person beruhendes Herrschaftsverhältnis derselben zur Sache auffassen. Man wird

---

[29]) Ist doch weder die thatsächliche Herrschaft des Erben über die Sache, noch auch sein Besitzwille erforderlich. So Cosack II 1 S. 75.

[30]) Lehrbuch 9. Auflage S. 445.

verlangen, daß die gestohlene Sache in der thatsächlichen Herrschaft des Bestohlenen sich befunden habe, und andererseits betonen, daß der Wille der Person, über die Sache zu herrschen, der Gesamtheit gegenüber hervortrete, sodaß auch der Thäter sich dessen bewußt sein muß, daß er in eine fremde Willenssphäre eindringe.

Demnach enthält der Gewahrsam zwei Hauptbegriffsmomente: Die thatsächliche Herrschaftsmöglichkeit über die Sache und den auf diese Herrschaft gerichteten, äußerlich erkennbar gemachten menschlichen Willen. Es genügt somit ein bloßes äußerliches, räumlich bestimmtes Verhältnis einer Person zu einer Sache, das eines auf die Beherrschung der Sache gehenden Willens entbehren könnte, nicht.

Letzteres ist allerdings die Ansicht einer Reihe von Schriftstellern z. B. Berner's (Lehrbuch S. 514), Oppenhoff's (Kommentar § 242 No. 6), Römpler's (Der Gewahrsam in Civil- und Strafrecht S. 31 ff.). Auch das Reichsgericht ist hierher zu zählen: Es definiert, Entsch. Bd. V S. 223, den Gewahrsam als den „faktischen Zustand, vermöge dessen jemand die physische Möglichkeit besitzt, über eine Sache mit Ausschluß anderer zu verfügen." Diese Ansicht folgt augenscheinlich dem Gewahrsamsbegriff des Allgemeinen Landrechts §§ 1, 138 I 7: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschluß anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber genannt." „Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden, wenngleich dieselbe in seiner Gewahrsam sich befindet."

Dieser Meinung ist deshalb nicht beizutreten, weil sie dem Wesen des Diebstahls als eines Eingriffs in die Gewaltherrschaft eines anderen, die ohne dessen Willensbethätigung ausgeschlossen ist, nicht gerecht wird.

Aus demselben Grunde ist auch die neuerdings von Endemann aufgestellte Behauptung zu verwerfen, daß nach dem Inkrafttreten des B. G. B.'s für den Gewahrsamsbegriff des Strafrechts eine von dem civilrechtlichen Besitze zwar verschiedene, jedoch im B. G. B. ebenfalls mit civilen Rechtswirkungen ausgestattete „Schutz- und Verteidigungsgewalt" maßgebend sei, die mit dem preußisch-rechtlichen Gewahrsamsbegriffe übereinstimmen, und die daher jenes Willensmoments entbehrt.[1])

Die meisten neueren Schriftsteller fordern denn auch nach Hälschner's Vorgang System II S. 429 ff. außer der thatsächlichen Herrschaft über die Sache einen Herrschaftswillen zum Begriffe des Gewahrsams.[2])

Wenn also jemand allein auf der Landstraße eine verlorene Sache gewahr wird, folglich zu ihr in ein räumliches Verhältnis tritt, vermöge dessen er sie zu beherrschen imstande ist, sie aber nicht beherrschen will, so hat er mangels dieses Beherrschungswillens den Gewahrsam an der Sache nicht erlangt.[3]) Das Gleiche gilt, wenn er die verlorene Sache vielleicht in die Hand nimmt, um sie zu besichtigen, sie aber dann wieder an ihren Ort legt, weil er sie nicht an sich nehmen will.

---

[1]) Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. II S. 159, 160 in offenbarer Anlehnung an Jecklin in Gruchot's Beiträgen Bd. 32 S. 277, der den Gewahrsamsbegriff des § 246 R. St. G. B.'s für identisch hält mit dem des Allg. Landrechts.

[2]) Binding Grundriß II S. 149 und Normen II S. 547, Dickel S. 29, Hans Ewald S. 19, Finger Compendium des österreichischen Strafrechts II S. 186, Frank Kommentar § 242 A. IV S. 280, Hälschner auch II S. 284, Huber S. 68, Kapff S. 60, v. Liszt S. 445, Merkel in Holtzendorff's Handbuch III S. 641, H. Meyer S. 551, Olshausen § 242 No. 6, Rotering Im Gerichtssaal Bd. 35 S. 356, 364, Rüdorff-Stenglein Kommentar § 242 No. 6.

[3]) So auch Olshausen § 246 No. 16.

Andererseits genügt ein Beherrschungswille ohne thatsächliche Herrschaft über die Sache zur Begründung des Gewahrsams ebenfalls nicht. Wenn also z. B. A. und B. auf einer Chaussee eine Strecke von ihrem Standpunkte entfernt ein von der Sonne beschienenes Zehnmarkstück liegen sehen, es sofort als solches erkennen, und nun beide in der ausgesprochenen Absicht der Aneignung auf das Geldstück zulaufen, so hat während dieser Zeit keiner von beiden den Gewahrsam an dem Geldstücke, da der eine dem anderen die Herrschaft streitig macht. Erst wenn z. B. A. das Geldstück ergreift, während B. leer ausgeht, hat A. die Gewahrsam an der Sache erlangt. Wäre A. nur allein auf der Chaussee und eignete sich das Zehnmarkstück in der Weise zu, daß er den Zueignungswillen erst in dem Augenblicke der Zueignung selbst faßte, so würde Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswille erst im Momente der Zueignung zusammentreffen, also auch die Gewahrsamsbegründung mit der Zueignung zusammenfallen. Dagegen würde die Gewahrsamsbegründung der Aneignungshandlung vorausgehen, wenn A. sogleich beim Erblicken des Geldstücks den Zueignungswillen faßte, und den letzteren durch eine nachfolgende Ansichnahme der Sache verwirklichte; ebenso wenn A. nach der Ansichnahme des Geldstücks den Willen faßt, die zunächst nur aufbewahrte Sache sich zuzueignen und die Zueignung ausführt. Denn in den beiden letzten Fällen sind Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswille bereits vor der Zueignung nebeneinander vorhanden.[4])

[4]) Die Unterscheidung dieser letzten vier Fälle ist für die Frage wichtig, ob die betreffende Handlung als Unterschlagung aufzufassen sei. Fordert man zur Unterschlagung, daß der Thäter die Sache im Augenblicke der Zueignung bereits in seinem Gewahrsam hat, (vergl. oben § 1 Anm. 7), so liegt zwar in den letzten beiden, nicht aber in den beiden vorhergehenden Fällen Unterschlagung vor.

Wenn indessen ein Herrschaftswille zum Gewaltbegriff erfordert wird, so genügt doch schon der natürliche Wille. Es kann für den strafrechtlichen Begriff nicht darauf ankommen, ob der Wille nach dem B. G. B. auch der eines Geschäftsfähigen ist. Daher kann auch das Kind und der Geisteskranke selbständig den Gewahrsam erlangen, behalten und aufgeben, sofern die betreffende Sache eine solche ist, auf welche nach den allgemeinen Lebensanschauungen das Kind oder der Geisteskranke ihre Willensherrschaft zu erstrecken, deren wirtschaftliche Bedeutung sie zu würdigen imstande sind. So hält es mit Recht Merkel für eine quaestio facti, „ob die Gegenstände in den Gesichtskreis des Unmündigen derart hineinfallen, daß er eine Willensherrschaft in dem hier fraglichen Sinne zu begründen und aufrecht zu erhalten und folglich auch aufzugeben imstande ist.“[5]) Deshalb wird die Frage verschieden zu beantworten sein, je nach dem der Grad der Geisteskrankheit ein höherer oder minder hoher, das Kind ein paar Monate oder etwa 6 Jahre alt, die betreffende Sache vielleicht ein Wechsel oder ein Gebrauchsgegenstand, vielleicht auch, je nach dem sie von hohem Werte ist oder nicht. Allgemein wird sich die Frage nicht entscheiden lassen. Es mag ja für das Civilrecht zutreffen, daß, wie Endemann[6]) sagt, es für die rechtliche Beurteilung durchaus gleichbedeutend ist, „ob ein Kind oder ein Tier eine Sache ergreift“; aber für das Strafrecht kann die positive Bestimmung des § 104 B. G. B.'s, daß mit Vollendung gerade des siebenten Lebensjahres die Geschäftsunfähigkeit endet, nicht maßgebend sein.

In diesem Punkte also deckt sich der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams mit dem des Civilrechts nicht.

---

[5]) In Holtzendorff's Handb. III S. 644; Dickel S. 30 spricht den Kindern und Wahnsinnigen den Gewahrsam überhaupt ab.

[6]) a. a. O. II S. 155.

Denn nach dem B. G. B. kann, so lehrt Endemann[7]), ein Geschäftsunfähiger weder Besitz begründen noch aufgeben, und auch nach Dernburg's Ansicht[8]) kann das Kind unter 7 Jahren und der Geisteskranke keinen vollkommenen Besitz erwerben, während allerdings Strohal[9]) wenigstens den Besitzerwerb eines Geschäftsunfähigen an einer gefundenen Sache anerkennt. So hat denn auch v. Liszt, nach dessen Ansicht ebenfalls der Wahnsinnige wie das Kind Gewahrsam an einer Sache haben kann und beide auch den Gewahrsam aufgeben können, mit seiner Annahme, daß der Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams sich mit der Begriffsbestimmung des Besitzes in § 854 B. G. B.'s decke[10]), nicht vollkommen Recht.

---

[7]) Ebendaselbst.
[8]) Das Bürgerliche Recht Deutschlands und Preußens III S. 57.
[9]) In Ihering's Jahrb Bd. 38 S. 76.
[10]) v. Liszt Lehrbuch S. 446.

II. Abschnitt.

Besonderer Teil.

§ 4.

Der Erwerb des Gewahrsams.

Zwei Momente sind, wie oben gezeigt, dem Begriffe des Gewahrsams vor allem eigen: Die thatsächliche Möglichkeit der Beherrschung einer Sache und der zu dieser Möglichkeit hinzutretende Herrschaftswille. Beide Momente müssen erkennbar in die Außenwelt treten, einem jeden Dritten sichtbar und deutlich sein.

Am klarsten und intensivsten ist dies der Fall, wenn jemand eine Sache in der Hand hält. Aber unter geordneten Verhältnissen reicht die Herrschaftssphäre des Einzelnen viel weiter, wird schon Haus und Hof, Garten und Feld als fremdes Machtgebiet geachtet, und eine in diesen Räumen befindliche Sache womöglich von fremden Willen geschützt vermutet. Indem weiterhin die Einen in ein Abhängigkeits- oder Dienstverhältnis zu einem anderen treten, ordnen sie sich dem Willen dieses anderen unter, sodaß dieser durch jene seine Willenssphäre über seine Güter erweitern kann. Andererseits wird es aber bei der Kompliziertheit der wirtschaftlichen Erscheinungsformen immer schwieriger, zu erkennen, wessen Gewalt diese oder jene Sache eigentlich untersteht.

Es wäre jedoch ein nutzloses Unterfangen, wollte man die Frage, wann jemand an einer Sache Gewahrsam hat und wann nicht, in rein kasuistischer Weise zu erschöpfen versuchen; denn eine kleine Variation eines bestimmten Falles kann leicht ein anderes Resultat herbeiführen, oft aber

wird es zumal bei Grenzfällen, wie Lobe[1]) nicht mit Unrecht betont, auf subjektiver Ansicht beruhen, ob man füglich vom Vorhandensein eines Gewahrsams sprechen kann oder nicht.

Daher sollen in Folgendem einzelne Gesichtspunkte gekennzeichnet werden, die bei der Entscheidung der Frage über das Vorliegen des Gewahrsams, seinen Erwerb und Verlust, seine Fortdauer und Uebertragung, sowie die verschiedenen Formen des Mitgewahrsams von Bedeutung sind.

Der Erwerb des Gewahrsams vollzieht sich am einfachsten in der Weise, daß der Erwerber den Willen faßt, eine bestimmte Sache in seine Gewalt zu bringen, und diesem Willen entsprechend ein bestimmtes Herrschaftsverhältnis zu der Sache herstellt. Der Herrschaftswille kommt dann in der Begründung dieses Herrschaftsverhältnisses selbst zum Ausdruck. Der Erwerber wird also die Sache in einen von ihm beherrschten Raum einbringen, etwa Wertpapiere in seine Brieftasche stecken, Bücher in seine Bibliothek einstellen u. s. w.

Ebenso genügt es, wenn der Landmann Dung auf seinen Acker anfahren und dort ausbreiten läßt.

Man kann sich aber auch zweifellos zur Herstellung des Gewahrsams an einer Sache eines Dritten als Werkzeuges bedienen z. B. eines apportierenden Hundes, oder durch psychische Einwirkung auf ein Tier dieses aus fremden Gewahrsam in den eigenen überführen. Wer also seines Nachbars Haustier, um es sich zuzueignen, an sich zu locken weiß, so daß es sich an ihn gewöhnt, nimmt es weg und begeht demnach einen Diebstahl.

Jedoch ist ersichtlich, daß je größer der Raum ist, in welchen eine Sache eingebracht wird, um so schwächer die

[1]) Lobe a. a. O. S. 24.

thatsächliche Herrschaft wird. Um zu zeigen, wie diese im umgekehrten Verhältnisse zur Größe des Raumes abnimmt, unterscheidet Schütze[2]) die folgenden sechs Herrschaftskreise: Taschen-, Zimmer-, Haus-, Hof-, Garten- und Ackergewahrsam. In dem letzten Kreise ist die thatsächliche Herrschaft des Inhabers schon sehr verflüchtigt; allein hier tritt ergänzend, wie auch Schütze selbst hervorhebt, die allgemeine Friedensordnung ein, durch welche die bei großen Raumverhältnissen an sich regelmäßig nur schwache Herrschaft des Inhabers ihre Unterstützung und Sicherung findet. So läßt sich der Satz allgemein dahin aufstellen, daß jeder, der einen dieser Kreise thatsächlich beherrscht, auch Gewahrsamserwerber der Sachen wird, die er mit dem Willen, sie zu beherrschen, in einem dieser Kreise einbringt.

Indessen bedarf es nicht stets zum Gewahrsamserwerbe eines dahingehenden speziellen Willens. Es genügt oftschon ein generell auf die Beherrschung einer Sache gerichteter Wille. Ja ich kann den Gewahrsam an einer Sache selbst ohne mein Wissen[3]) begründen, denn mein Wille kann sich auf die Beherrschung eines Raumes im ganzen einschließlich seines jedesmaligen Inhalts richten, und somit eine auch ohne mein Vorwissen eintretende Sache kraft jenes generellen Willens umfassen, natürlich vorausgesetzt, daß ich den betreffenden Raum thatsächlich beherrsche. In diesem Falle muß aber ein derartiger Herrschaftswille hervortreten.

---

[2]) Lehrbuch S. 428.

[3]) Nach Frank § 242 A. IV. S. 280 gehört zum Gewahrsam auch ein Wissen. Indessen weicht die hier gegebene Darstellung von Frank's Ansicht praktisch nicht wesentlich ab; denn Frank fährt fort: „Wohl aber kann der Gewahrsam an einer Sache von selbst andere Sachen mitergreifen, die in gewisse Beziehung zu ihr treten, auch ohne daß ich in concreto das Vorhandensein dieser Beziehungen kenne."

Er kann sich kundthun in bestimmten Veranstaltungen, wie im Anbringen eines Briefkastens an der Thür der Wohnung zur Aufnahme der für den Inhaber bestimmten Briefschaften, in der Aufstellung eines Waarenautomaten zwecks Verkaufs von Genußmitteln ꝛc. In solchen Veranstaltungen spricht sich der Wille des Urhebers aus, Sachen zu deren Aufnahme jene Behältnisse dienen, in seine Gewalt aufzunehmen. Daher gelangen die in den Briefkasten gelegten Briefe[4]), das in den Automaten gesteckte Geld mit dem Hineinstecken in den Gewahrsam des Veranstalters. Wer sie unbefugt daraus entnimmt und sich aneignet, stiehlt sie. Dasselbe gilt bei aufgestellten Netzen, Fallen, Reusen u. s. w.

Jedoch richtet sich der Wille offenbar nur auf Aufnahme bestimmter, nicht irgend welcher beliebiger Sachen. Ich will in meinem Briefkasten nicht jedwede Reklamezettel, im Automaten nicht falsches Geld niedergelegt haben. Es ist ein Unterschied, wie Rotering[5]) mit Recht ausführt, ob ein Hase oder ein Hund in der Schlinge gefangen ist. Daher wird hier von einem Dritten durch die Aneignung nur Unterschlagung begangen werden können, falls etwa ein gezähmtes, aber noch vom Eigentümer verfolgtes Tier sich gefangen hat.

Schließlich bedarf es nicht einmal stets eines durch eine derartige Veranstaltung erkennbar gemachten Willens zur Aufnahme bestimmter Sachen. Oft vermittelt schon die Herrschaft über einen Raum an sich die Begründung des Gewahrsams über gewisse Sachen, welche in jenem Raum eintreten. So erwerbe ich auch ohne mein Wissen und ohne besondere Veranstaltungen zu treffen, den Gewahrsam an den Eiern meiner Hühner, welche diese inner-

[4]) Auch Frank a. a. O.
[5]) Rotering a. a. O. S. 360.

halb meines Gehöftes legen, an den Tierjungen im Wildgehege und im Fischteiche, den Nüssen, die von meinem Nußbaum auf den Boden meines Gartens fallen, an den durch Windbruch in meinem Walde auf den Erdboden geworfenen Ästen und Stämmen. Jedoch handelt es sich nur um bestimmte Sachen, eben um solche, welche ich nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge, nach den wirtschaftlichen Anschauungen in dieser Weise erwerbe.

Im Uebrigen macht es einen großen Unterschied, ob eine Sache ohne mein Wissen etwa in die Tasche meines Anzuges oder in die Laube meines Gartens gerät. Den Inhalt meiner Taschen werde ich schlechthin schützen wollen; auch wenn mir ein Dieb einen gestohlenen Ring, um den Verdacht der That von sich abzulenken, unbemerkt in die Tasche steckt, werde ich ihn an sich in meine Schutzgewalt aufnehmen; sollte daher ein Dritter den Ring wieder aus meiner Tasche entwenden, so bricht er meinen Gewahrsam, denn einen Griff in meine Tasche gestatte ich absolut nicht, mag ich auch den gestohlenen Ring um seiner selbst willen nicht schützen wollen.[6])

Anders, wenn der verfolgte Dieb den gestohlenen Ring über den Zaun in das Strauchwerk meines Parkes wirft; denn je größer die von mir beherrschten Räumlichkeiten sind, um so weniger werde ich gewillt sein, irgend welche in sie eintretenden Sachen in meinen Gewahrsam zu nehmen. Verschiedene Gesichtspunkte werden hier leitend sein. Einen in meiner Abwesenheit auf meinen Schreibtisch niedergelegten, für mich bestimmten Geldbrief werde ich aufnehmen wollen, ebenso eine von meinem Freunde bei seinem jüngsten Besuche in meinem Zimmer abhanden gekommene

[6]) Vergl. Römpler S. 38. Damit fällt Römpler's Behauptung, die Vertreter der Willenstheorie müßten für diesen Fall das Vorhandensein des Gewahrsams verneinen. Gegen Römpler auch Hans Ewald S. 20.

Börse oder Cigarrentasche; durchs offene Fenster geworfene unschickliche, wertlose oder gefährliche Sachen oder etwa in mein Zimmer gelegte Ansichtssachen, deren Sendung ich mir ausdrücklich verbeten habe, werde ich nicht in meinen Gewahrsam eintreten lassen.[7]) Aber dann muß ich auch meinen dahin gehenden Willen einen Ausdruck verleihen: Ich muß sie, wenn ich sie sehe, entfernen, thue ich das Gegenteil, schließe ich, wie Binding mit Recht betont, das Zimmer hinter mir ab, so liegt hierin die Bethätigung des Entschlusses, alles zu besitzen, was sich darin befindet.

§ 5.

Die Fortdauer des Gewahrsams.

Für die Fortdauer des bereits erworbenen Gewahrsams gilt die Vermutung, daß der einmal begründete Zustand, getragen von dem fortdauernden Willen, für die Zukunft fortwirkt, mag sich dieser auch nachträglich nicht mehr aktiv bethätigen. Von hier aus gewinnt die Ansicht, daß zum Gewahrsam ein Wille nöthig ist, noch einmal ihre Bestätigung; denn, wäre der Gewahrsam wirklich nur ein reines Raumverhältnis zur Sache, so müßte mit der Änderung und dem Aufhören dieses Verhältnisses zur Sache der Gewahrsam sich ebenfalls ändern bezw. erlöschen.

---

[7]) Zu weit geht Hälschner II. S. 286, wenn er sagt: „Eine Sache, die sich in der von mir beherrschten Räumlichkeit befindet, ist in meinem Gewahrsam, und vermöge meines Willens, in diesem Raume allein mit Ausschluß anderer zu herrschen, erwerbe ich den Gewahrsam an jeder (!) Sache, die in diesen Raum gebracht wird, ohne daß dazu ein mit Bewußtsein verübter Akt der Besitzergreifung erforderlich wäre." Ebenso Dickel S. 32. Im Sinne des Textes Rotering a. a. O. S. 360.

Das ist aber keineswegs der Fall. Der Gutsbesitzer, der eine Sommerreise unternimmt, behält auch während seiner Abwesenheit vom Gute dieses in seinem Gewahrsam, der Villenbesitzer seine Villa, auch wenn er den ganzen Winter in der Großstadt verlebt, der Fuhrmann, wie Frank mit Recht anführt, seinen Wagen, auch wenn er selbst sich im Wirtshause befindet, der Wagen aber ausgespannt auf der Straße steht":[1]) Die allgemeine Anschauung achtet eben auch den Willen des Abwesenden. Desgleichen behalte ich den Gewahrsam an der Hauskatze, auch wenn diese regelmäßig die Nachbarhöfe aufsucht, und an dem Hunde, der sich zuweilen draußen frei umhertreibt: Dadurch, daß diese Tiere zu mir zurückzukehren pflegen, bleiben sie im großen und ganzen in meiner Gewalt. Der Nachbar, der mein auf sein Gehöft übertretendes Haustier wegfängt, begeht daher keine Unterschlagung, sondern einen Diebstahl.

Zuweilen entscheidet über die Frage, ob der Gewahrsam fortdauert, die Zugehörigkeit der betreffenden Sache zur ihrer Umgebung, ihre wirtschaftliche Gebundenheit. Das im Walde geschlagene Holz, auf der Wiese lagernde Heu, der auf dem Acker zurückgelassene Pflug,[2]) die auf dem Felde stehenden Garben, im See aufgestellten Netze bleiben im Gewahrsam des Besitzers; da diese Gegenstände zu dem Grund und Boden in wirtschaftlicher Beziehung stehen, wird ihr Gewahrsam durch den Gewahrsam am Boden, auf welchem sie ruhen, gehalten. Wo daher diese Zugehörigkeit der Sache zu ihrer Umgebung, ihrem Hintergrunde fehlt, ist auch kein Gewahrsam vorhanden: Die Taschenuhr, die frei auf dem Felde liegt, ist normaler Weise nicht im Gewahrsam des Feldbesitzers. Andererseits ist zu beachten, daß nur der Grund und Boden den Gewahrsam am Pfluge auf dem Acker

[1]) Frank Kommentar § 242, A. IV S. 279.

[2]) Frank ebendaselbst.

u. s. w. vermittelt: Steht der Pflug auf der Landstraße, außerhalb des Ackers, so fehlt die Vermittelung, der Gewahrsam enthält.[3]) Dasselbe wird gelten, wenn ein Dritter den Pflug vom Felde herab auf die Landstraße transportiert: Mit diesem Momente tritt er aus der Machtsphäre des Besitzers aus, der Gewahrsam hört auf.

§ 6.

Die Beendigung der Gewahrsamsherrschaft.

Zum Aufhören des Gewahrsams ist erforderlich, daß entweder der Herrschaftswille oder die thatsächliche Herrschaftsmöglichkeit oder beide zugleich wegfallen, daß der Gewahrsamsinhaber die betreffende Sache *nicht mehr beherrschen will oder kann*. Nicht bloß ein Ruhen eines der beiden Momente genügt, es muß vielmehr die Umkehrung in das Gegenteil, ein contrarium, eintreten.

Die *Umkehrung des Herrschaftswillens* in sein Gegenteil kann sich äußern entweder in einer Dereliktion der Sache oder in der Uebertragung des Gewahrsams auf eine andere Person. Von dieser letzteren Art soll im nächsten Paragraphen die Rede sein.

Jene, die Dereliktion, liegt z. B. vor bei verscharrten Tierkörpern.[1]) Streitig ist die Frage, ob die einem Leichnam mit ins Grab gegebenen Sachen derelinquiert sind. Die Mehrzahl der Schriftsteller[2]) sind der Ansicht, daß die Angehörigen des Bestatteten diese Gegenstände nur deponieren wollen und sie daher in ihrem Eigentum behalten. Andere[3]) nehmen schlechthin Dereliktion an. Das erstere

[3]) Auch *Schütze* Lehrbuch S. 427.

[1]) Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 3 S. 174.

[2]) *Huber* S. 70, *Kohler* Studien I S. 15, *Ohlshausen* § 242 A. 9, *Oppenhoff* § 168 No. 7, *Rüdorff-Stenglein* § 242 No. 7, *Hans Ewald* S. 26.

[3]) *Binding* Normen Bd. II. S. 553, *Dickel* S. 25, *Frank* § 242 A. III 2 g.

dürfte dann zutreffen, wenn es sich um Gegenstände handelt, die in Erbbegräbnissen aufbewahrt werden. Hier sind die Angehörigen in der Lage, jederzeit zu den in der Gruft befindlichen Sachen zu gelangen; sie werden sogar regelmäßig den Willen haben, diese Gegenstände in gutem Zustande zu erhalten und erforderlichenfalls zu erneuern, oder durch andere zu ersetzen. Anders bei Gegenständen, die die Angehörigen der in der Erde ruhenden Leiche mitgegeben haben. Hier ist den bisherigen Eigentümern jede Einwirkung auf die im Grabe befindlichen Sachen versagt, da diese ohne Beschädigung des Grabes selbst nicht möglich wäre. Wenn sie also in Voraussicht dieser Folgen die Sachen der Leiche mitgeben, so kann ihr Wille nur dahin gehen, sich derselben zu entäußern. Man wird also in diesem Falle eine Dereliktion anzunehmen haben, sodaß hier weder Diebstahl noch Unterschlagung möglich ist;[4]) deshalb erübrigt sich für unsere Zwecke die Erörterung der Frage, ob der Gewahrsam an diesen Gegenständen dem Eigentümer des Grund und Bodens des Begräbnisplatzes, also etwa der Kirchengemeinde, oder den Angehörigen des Bestatteten zusteht.

Bei der bloßen Deponierung der einer Leiche mitgegebenen Gegenstände steht der Gewahrsam an diesen den Angehörigen des Bestatteten zu, insoweit das Begräbnis eine besonders abgeschlossene Baulichkeit darstellt und die Angehörigen die Verfügung über den Zutritt zu dem Begräbnisse haben.[5]) Infolgedessen kann jeder Dritte, insbesondere der Totengräber durch die Wegnahme dieser Sachen einen Diebstahl begehen.[6])

---

[4]) Nach Binding Grundriß II S. 133 liegt aber Grabbeschädigung, Vergehen gegen § 168 R. Str. G. B.'s, vor. A. M. Kohler Studien Bd. I S. 125.

[5]) Ähnlich Ohlshausen § 168 A. 4.

[6]) Auch v. Liszt S. 444 nimmt bei den einer Leiche mitgegebenen Sachen weder schlechthin Dereliktion noch Deposition an.

Durch die Umkehrung der thatsächlichen Herrschaftsmöglichkeit in ihr Gegenteil hört der Gewahrsam ebenfalls auf: Dann ist die Sache verloren. Der Verlust beruht hauptsächlich auf dem thatsächlichen Unvermögen der Ausübung der Herrschaft über die Sache: Der Wille findet im Wesentlichen seine Schranke am Nichtkönnen. Die Aufgabe der Herrschaft, deren Ausübung nur in gewissem Maße erschwert ist, das „Verlorengeben" nähert sich mehr oder minder der Dereliktion.

Eine treffliche Definition der verlorenen Sache giebt Binding (Grundriß II S. 153): „Verloren ist eine Sache, wenn ihr Aufenthaltsort sich außer den dem Besitzerwillen unterworfenen Räumlichkeiten des bisherigen Besitzers befindet und diesem unbekannt oder dauernd unzugänglich geworden ist."

Nicht verloren, sondern bloß verlegt ist daher eine Sache, deren Aufenthaltsort ich zwar nicht kenne, die sich aber in den von mir beherrschten Räumlichkeiten befindet: Sie bleibt in meinem Gewahrsam. So ein Buch, das in meiner Bibliothek verstellt ist, ein Geldstück, das unter den Schrank gerollt ist. Hier wird die Herrschaft durch den generellen Willen, den Inhalt des ganzen Raumes beherrschen zu wollen, vermittelt. Deshalb begeht das Dienstmädchen, das sich eine solche verlegte Sache rechtswidrig zueignet, keine Unterschlagung, sondern einen Diebstahl.[7]) Wenn indessen das thatsächliche Auffinden der verlegten Sache unwahrscheinlich ist, so werde ich auch in meinem eigenen Gebiete eine Sache verlieren können, z. B. wie Merkel[8]) mit Recht anführt, einen Ring im Parke. Ob derjenige, der die Sache, die er stehlen will, einstweilen im Hause versteckt, um sie später abzuholen, den Gewahrsam des Eigentümers bereits gebrochen hat, wird von der thatsächlichen Frage, ob jener

[7]) auch Huber S. 74.

[8]) in Holtz. Handb. III S. 637.

die Sache ohne große Schwierigkeiten noch wiederauffinden kann, abhängen.[9])

Eine andere Erscheinung ist die außerhalb meines Herrschaftsgebietes liegen gelassene Sache. Ist sie absichtlich dort liegen gelassen, so ist sie sicherlich nicht ververloren, denn die Möglichkeit der Reproduktion der Herrschaft ist bestehen geblieben. Ich brauche nur zu der Sache mich hinzubegeben und sie abzuholen, ich weiß ja jederzeit, wo sie sich befindet. Deshalb ist mit Recht in dem Falle Diebstahl angenommen worden, wo der Angeklagte 10 Centner Roheisen sich aneignete, welches ein Fuhrmann unter einen Brombeerstrauch seitwärts von der Landstraße niedergelegt hatte, um seine Ladung zu erleichtern und jene 10 Centner später abzuholen. (Huber S. 81.)

Schwieriger liegt die Sache, wenn ich einen Gegenstand in fremdem Raum vergessen[10]) habe. Hier fehlt der die Herrschaft vermittelnde Generalgewahrsam. Erinnere ich mich des Aufenthalts der Sache nicht mehr, so kann ich die Herrschaft über sie nicht mehr ausüben: Der Gewahrsam hört auf. Ist mir aber der Aufenthaltsort der Sache im Gedächtnis geblieben, so ruht die Herrschaft nur eine Zeit lang.[11]) Mit Recht billigt Huber S. 82 die Entscheidung, nach welcher Diebstahl vorliegt, wenn A eine auf dem Ladentische des B liegen gebliebene, dem C gehörige Geldbörse sich aneignet, falls C alsbald das Fehlen der Börse bemerkend zu B zurückkehrt, um die vergessene Börse

---

[9]) Hälschner II S. 286 verneint den Gewahrsamsbruch schlechthin. Im Sinne des Textes Huber S. 76.

[10]) Die von Hans Ewald S. 22, 23 aufgestellte Terminologie der „verlegten", „liegengebliebenen" und „vergessenen" Sache weicht von der hier im Wesentlichen in Übereinstimmung mit Frank § 242 A. V gegebenen nicht unerheblich ab.

[11]) Nach Frank § 242 A. V ist dagegen „die von mir an einem Dritten bekannten Orte liegengelassene, vergessene Sache regelmäßig nicht" in meinem Gewahrsam.

abzuholen. (Ähnlich der bei Stenglein Zeitschrift für Gerichtspraxis Bd. 3 S. 165 angeführte Fall.) Immerhin wird ein solches Ruhen nicht allzulange Zeit andauern dürfen. Wenn ich erst nach Jahren die Sache vermisse und mich dann wieder erinnere, wo sie liegen geblieben war, so wird sie gleichwohl inzwischen aus meinem Gewahrsam entschwunden sein: Eine Herrschaft, die sich lange Zeit hindurch nicht bethätigt, geht verloren.

Schlechthin erlischt aber der Gewahrsam, wenn jemandem eine Sache unvermerkt entfällt. Sie tritt wider seinen Willen aus seiner Herrschaftssphäre hinaus; deshalb kann ein anderer diese unvermerkt entfallene Sache nur unterschlagen, nicht stehlen. Hört indessen der bisherige Inhaber die Sache fallen, oder merkt ihr Entgleiten sofort und schickt sich an, sie aufzunehmen, so geht sein Gewahrsam nicht unter. Daher würde der Dritte, der schneller zufassend, sie ergreift und mit ihr davoneilt, den noch vorhandenen Gewahrsam brechen und sich infolgedessen eines Diebstahls schuldig machen. Ist die Sache jedoch einmal unbemerkt entfallen, so macht es gar keinen Unterschied, ob der Verlierer sich erst einen Schritt oder bereits eine weite Strecke von dem Aufenthaltsorte der Sache entfernt hat.[12]) Denn das Raumverhältnis allein vermittelt den Gewahrsam nicht. Aus diesem Grunde liegt, wie Kapff[13]) mit Recht ausführt, Unterschlagung und nicht Diebstahl vor, wenn der Thäter ein Portemonnaie sich aneignet, das jemandem auf dem auch nur wenige Schritte weiten Wege von einem Güterschuppen zur Bahnhofsrestauration aus der Tasche entfallen ist, mag der Verlierer nach Entdeckung des Verlustes auch bestimmt haben behaupten können, daß ihm das Portemonnaie auf jenem

[12]) So auch Dickel S. 32, Hälschner System III S. 433, Meyer S. 433/4.

[13]) Kapff S. 69.

kurzen Wege abhanden gekommen sein muß. Daher geht es zu weit, wenn das Reichsgericht[14]) annimmt, daß ein von einem Rollwagen während der Fahrt herabgefallener Gegenstand solange in dem Gewahrsam des Kutschers bleibt, als es diesem möglich ist, den von ihm eingeschlagenen Weg zurückzugehen und „den Gegenstand aufzufinden."

An Haustieren, die sich ab und zu außerhalb des Herrschaftsgebietes ihres Besitzers aufzuhalten pflegen, verliert dieser den Gewahrsam erst, wenn die Tiere den animus revertendi aufgeben und der Besitzer nicht weiß, wo sie sich aufhalten. Vermag er dagegen mit Wahrscheinlichkeit anzugeben, wo sie geblieben sind, so hört der Gewahrsam erst auf, sofern er sie nicht zurückholt. Auch ein Tier, das sich von der Heerde verlaufen hat, wird solange noch im Gewahrsam des Herrn bleiben, als dieser unverzüglich die Verfolgung unternimmt und mit Wahrscheinlichkeit auf die Wiedererlangung rechnen kann.[15]) Daher begeht eventuell einen Diebstahl, wer inzwischen das Tier sich unbefugt zueignet.

Indessen hört der Gewahrsam des Herrn auf, sobald die Verfolgung als erfolglos aufgegeben wird, aber nicht schon dann, wenn die Herrschaftsbethätigung augenblicklich ausgesetzt wird, weil sie unthunlich ist. So war das Reichsgericht[16]) der Ansicht, daß die auf einem von der Besatzung verlassenen, gestrandeten Schiffe zurückgebliebenen Sachen noch im Gewahrsam der Mannschaft verbleiben, da diese am Ufer sich aufhaltend den Herrschaftswillen beibehielten und nur augenblicklich infolge der Gefährlichkeit der Situation an der Ausübung der Herrschaft behindert waren.

---

[14]) in Goltdammers Archiv Bd. 43 S. 250.

[15]) Übereinstimmend Huber S. 83.

[16]) Entsch. Bd. 10 S. 84.

Wie weit man allerdings hierin zu gehen hat, läßt sich allgemein nicht bestimmen.

Schließlich hört auch dann der Gewahrsam über eine Sache auf, wenn zwar der Wille sie zu beherrschen fortdauert, aber die Bethätigung dieses Willens unmöglich oder doch ungewöhnlich erschwert wird. Der Ring, der vom Schiffe ins Meer, der Hut, der während der Fahrt mit dem Schnellzuge aus dem Wagenfenster fällt, ist verloren, nicht aber schon der in ein seichtes Wasser fallende Ring, der aus dem Straßenbahnwagen fallende Hut:[17]) hier kann ich unschwer die Herrschaft reproduzieren. Lasse ich die Sache freilich liegen, weil ich sie der Mühe des Nachgehens nicht für wert halte, so geht der Gewahrsam allerdings auch unter, aber nicht sowohl, weil ich die Herrschaft nicht mehr ausüben kann, als vielmehr, weil ich sie nicht ausüben will.

§ 7.

Die Uebertragung des Gewahrsams.

Die Uebertragung des Gewahrsams erfolgt in der Regel durch Tradition: Der Verkäufer übergiebt die Sache dem Käufer. Indessen geht der Gewahrsam von einer Person zur andern nicht schon dadurch über, daß diese die Sache mit dem Willen des bisherigen Inhabers ergreift, in die Hand nimmt.[1]) Auch in dem Falle liegt regelmäßig kein Gewahrsamsübergang vor, wenn der Eigentümer einer Sache es geschehen läßt, daß ein anderer unbefugter Weise die ihm gehörige Sache ergreift, um sie sich zuzueignen, etwa weil er sich fürchtet, den Thäter bei der Ausführung zu stören, oder aber, um ihn auf frischer That festzuhalten; denn im ersten Falle ist der Herrscher-

[17]) Vergl. Rotering im Gerichtssaal Bd. 35 S. 385.

[1]) Binding Grundriß II S. 150, Huber S. 69, Kapff S. 61.

wille nur gehemmt, im zweiten Falle aber absichtlich die Herrschaftsbethätigung einstweilen ausgesetzt.[2]) Es gilt auch hier bei der Übertragung wie beim Aufhören des Gewahrsams der Satz, daß dieser solange fortdauert, bis der Herrschaftswille oder die thatsächliche Herrschaftsmöglichkeit aufhört. Beim Handkauf zumal will der Verkäufer die Kaufsache erst mit der Bezahlung des Kaufpreises aufgeben. Daher endet sein Gewahrsam nicht schon, wenn der Kauflustige unter seinen Augen vor der Bezahlung des Preises die Sache an sich nimmt.[3]) Jene beiden Angeklagten, welche in einer Marktbude Schuhe ausgesucht, in Empfang genommen und sich sodann ohne Bezahlung des Kaufpreises mit ihnen entfernten, hat das Reichsgericht (Entscheidung Bd. I S. 289) mit Recht wegen Diebstahls verurteilt.[4]) Dasselbe gilt beim Geldwechseln.[5]) Hier geht der Wille dahin, das zum Wechseln hingegebene Geld solange nicht aus seiner Herrschaft zu entlassen, bis die Gegenleistung erfolgt ist. Die Verkäuferin begeht einen Diebstahl, welche von einem Kunden, der 5 Mark zu bezahlen hat und ihr ein Zwanzigmarkstück einhändigt, dieses in der Ladenkasse verschwinden läßt und nur 5 Mark herausgiebt unter dem wissentlich falschen Vorgeben, sie habe nur ein Zehnmarkstück empfangen. Daß hier übrigens Diebstahl und nicht Betrug vorliegt, da die Behauptung der Verkäuferin, sie habe ein Zehnmarkstück erhalten,

---

[2]) Im Resultat ebenso Dickel S. 42, Finger II S. 185; Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch III S. 643, Olshausen S. 242 A. 22, Schütze S. 429 A. 8. Binding Normen II S. 555 nimmt dagegen Unterschlagung an.

[3]) Auch Merkel in Holtzendorffs Hdb. III S. 643 und Frank § 242. A. IV S. 279.

[4]) Ähnlich ist der in Goldammers Archiv Bd. XIX S. 613 erwähnte Fall.

[5]) Dernburg d. Bürgerl. Recht Bd. III S. 275 nimmt Unterschlagung an.

nur zur Verdeckung der bereits vollendeten Aneignung dienen soll, nimmt auch Kapff S. 77 an.

Vielfach werden freilich nur die Vorverhandlungen, die begleitenden Umstände, die Art des zu Grunde liegenden Geschäfts einen Schluß auf den Übergang des Gewahrsams gestatten, denn selten geben die Parteien eine dahingehende Erklärung ab. Je nach den aus diesen Momenten zu ziehenden Schlüssen wird man daher bei einer etwaigen Aneignung einen Diebstahl oder eine Unterschlagung anzunehmen haben.[6])

Das Wesentliche bei der Übertragung des Gewahrsams ist aber immer der Umstand, daß der Erwerber mit dem Willen des bisherigen Inhabers in die Lage kommt, die thatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben. Wo die Möglichkeit dieser thatsächlichen Ausübung nicht vorhanden ist, kann auch eine Übertragung des Gewahrsams nicht stattfinden. Deshalb erwirbt der Erwerber eines Traditionspapiers den Gewahrsam an der ihm übereigneten Sache nicht, wenn diese sich z. B. im Schiffe auf hoher See befindet; denn dann steht der Gewahrsam des Schiffers entgegen. Das Gleiche wird gelten bei Übergabe eines Lade- oder Lagerscheines, mag auch hiermit der Besitz civilrechtlich auf den neuen Inhaber übergehen. Infolgedessen kann der Frachtführer oder Schiffer keinen Diebstahl gegen den Erwerber begehen, sondern evtl. nur eine Unterschlagung. Auch die gemäß § 870 B. G. B.'s durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache vorgenommene Besitzübertragung kann einen Gewahrsamswechsel im strafrechtlichen Sinne nicht herbeiführen, da die thatsächliche Herrschaft durch jene Abtretung noch nicht berührt wird.

Die Vererblichkeit des Besitzes (§ 857 B. G. B.) ist für das Strafrecht jedenfalls nicht von direktem Ein-

[6]) Dies wird besonders von Kapff S. 61 betont.

flusse.[7]) Strohal[8]) hält die Frage für zweifelhaft, indessen soll nach ihm § 857 B. G. B.'s auch strafrechtlich seinen Einfluß ausüben. Jedenfalls wird man nicht annehmen können, daß der Gewahrsam an den Sachen des Erblassers mit dessen Tode auf einen in weiter Ferne wohnenden Erben übergeht, der von der Existenz jenes Erblassers vielleicht einmal garnichts weiß. Hier fehlt eben ein Requisit, ohne das der Gewahrsam bei Sachen die außerhalb der allgemeinen Herrschaftssphäre sich befinden, nicht begründet werden kann. Es wäre mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff schlechterdings nicht zu vereinbaren, wollte man den unmittelbaren Gewahrsamsübergang auf den Erben in Fällen annehmen, in denen dieser sich außerhalb aufhaltend, von dem Eintritte des Erbfalles noch nichts weiß. Wenn daher ein alleinstehender Mann stirbt, der in seiner Krankheit lediglich von einer Krankenpflegerin gepflegt wurde, so erlangt diese mit dem Herrschaftswillen den Gewahrsam, mag auch anderswo ein Verwandter gesetzlicher Erbe geworden sein. Somit würde jene Krankenpflegerin durch Aneignung der Taschenuhr des Verstorbenen nur eine Unterschlagung begehen.

M. E. können für die Frage der Vererblichkeit des Besitzes nur dieselben Gesichtspunkte maßgebend sein, die auch für die anderen Gewahrsamserwerbsfälle gelten.

Insoweit also die Hinterlassenschaft des Verstorbenen sich schon bei dem Tode innerhalb der räumlichen Machtsphäre des Erben befindet, geht der Gewahrsam unmittelbar über, z. B. wenn der Sohn, der im Elternhause wohnte, draußen im Kriege fällt, an den im Elternhause befindlichen Sachen. Ferner geht der Gewahrsam dann auf die Erben über, wenn diese beim Tode des Erblassers

[7]) Auch nach Binding handelt es sich hier lediglich um die thatsächliche Herrschaft, nicht um civilrechtlichen Besitz; Grdr. II S. 153.

[8]) Sächsisches Archiv Bd. 8 S. 319.

um dessen Tod wissen, ihn also etwa sterben sehen. Dann tritt ihr Wille, die Herrschaft über den Nachlaß auszuüben, unmittelbar an die Stelle des Willens des Verstorbenen. Für die thatsächliche Bethätigung dieses Herrscherwillens wird dann nicht mehr gefordert als von dem Erblasser. Der Gewahrsam geht hier an dem gesamten Nachlaß auf die Erben unmittelbar über, ohne daß es eines besonderen Erwerbes der thatsächlichen Herrschaft auch ihrerseits bedarf. In den übrigen Fällen erwirbt aber derjenige den Gewahrsam an den Nachlaßsachen, der sie zuerst in seine Gewalt nimmt.

§ 8.

Die Mitgewahrsamsverhältnisse.

Eine sehr wichtige und häufige Erscheinung des täglichen Lebens ist der Mitgewahrsam. Dieser liegt dann vor, wenn mehrere Personen auf eine und dieselbe Sache eine Herrschaft auszuüben in der Lage sind und den Willen haben, diese Herrschaft in einer bestimmten Weise auszuüben. Die mehreren Gewahrsamsinhaber können entweder jeder den gleich starken Gewahrsam über die Sache haben, oder es kann der Gewahrsam des einen dem des anderen übergeordnet sein. Dieses letztere Verhältnis soll als „uneigentliches Mitgewahrsamsverhältnis" bezeichnet werden.

Eignet sich beim Vorhandensein eines gleich starken Gewahrsams der Mitgewahrsamsinhaber einer Sache diese an, so bricht er den Gewahrsam des anderen Mitgewahrsamsinhabers und macht sich infolgedessen eines Diebstahls schuldig. Anders im Falle des uneigentlichen Gewahrsamsverhältnisses: Hier hat nur derjenige, der mit Übergehung des anderen die Sache zu beherrschen im Stande ist, den

anerkannten Gewahrsam. Deshalb kann er zwar bestohlen werden, aber selbst durch Zueignung der Sache keinen Diebstahl begehen.

I. Der gleichstarke Gewahrsam[1]) mehrerer Personen ist oft ein gemeinschaftlicher: Zwei Handelsgesellschafter haben gemeinschaftlich gleichgeordneten Gewahrsam an dem Inhalte ihres Geschäftslokals, zwei Kassierer an dem Geldschrank, zu dem jeder einen den Schrank öffnenden Schlüssel besitzt. Ein gleichgeordneter Gewahrsam liegt aber auch dann vor, wenn der eine nicht ohne den anderen die Sache beherrschen kann: Ein Geldschrank hat zwei verschiedene Schlösser, die eine Person hat den Schlüssel zu dem einen, die andere den zu dem anderen Schlosse. Ähnlich liegt die Sache, wenn der Verwahrer eine verschlossene Kassette, deren Schlüssel der Deponent zurückbehielt, in seinem Gewahrsam hat. Der Deponent hat den Verwahrer vom Inhalte der Kassette ausgeschlossen. Sein Wille geht dahin, dem Verwahrer nicht auch den Inhalt der Kassette anzuvertrauen, eben deshalb behielt er den Schlüssel zurück. Seine thatsächliche Herrschaft über die Sache ist allerdings eine beschränkte, da er selbst keinen Zutritt zu der Kassette hat, aber auch die Herrschaft des Verwahrers ist beschränkt, denn ihm fehlt der Zutritt zu dem Inhalte. Deshalb geht er über seinen ausschließlichen Herrschaftskreis hinaus, wenn er durch Erbrechen des Schlosses den Inhalt der Kassette sich aneignet und macht sich infolgedessen eines Diebstahls schuldig.[2])

[1]) Lobe S. 20 ff.

[2]) So auch Binding Grdr. II 152, Merkel in Holtz. Hdb. III S. 695 und Frank § 243 A. III 6 if. S. 288. A. M.: R. G. E. V S. 222, nach welchem der Gewahrsam an der Hülle auch den am Inhalte umfaßt, auch Huber S. 90 f., Hans Ewald S. 24 und Kapff S. 67. Ich vermag mich der Ansicht Kapff's, daß in dem fehlenden Schlüssel „ein irgend nennenswertes Hindernis" nicht zu erblicken wäre, nicht anzuschließen. Das Medium, welches den fortdauernden Gewahrsam des Eigentümers vermittelt, ist eben das Zu-

II. Was die uneigentlichen Gewahrsamsverhältnisse anbetrifft, so entsprechen diese denen des Besitzherrn und Besitzhalters im B. G. B. Indessen bestehen doch wesentliche Unterschiede zwischen der strafrechtlichen und der civilrechtlichen unselbständigen Inhabung, weshalb denn auch Strohal mit Recht der Ansicht ist, daß der Begriff der unselbständigen Inhabung strafrechtlich nicht verwertbar sei.

Der Unterschied tritt zunächst beim Erwerbe durch den Besitzhalter hervor: Schickt der Hausherr sein Dienstmädchen zur Theaterkasse, damit sie ihm ein Theaterbillet hole, so wird er civilrechtlich sofort unmittelbarer Besitzer, denn das Dienstmädchen ist in seinem Haushalte thätig und hat den auf das Theaterbillet sich beziehenden Weisungen seines Dienstherrn Folge zu leisten; es übt die thatsächliche Gewalt für ihn aus.[3])

Anders, wenn derselbe Herr zu demselben Zwecke einen Dienstmann zu jener Kasse schickt; hier erwirbt er zunächst nur den mittelbaren Besitz, bis zur Übergabe an ihn ist der Dienstmann unmittelbarer Besitzer des abgeholten Billets.[4]) Strafrechtlich ist für beide Fälle kein Unterschied zu machen. Auch das Dienstmädchen erwirbt gleich wie der Dienstmann den Gewahrsam an jenem Billet; denn sie hat allein die thatsächliche Gewalt über dasselbe. Deshalb begeht sie eventl. ebensogut wie der Dienstmann, wenn sie sich das Theaterbillet vor der Abgabe an ihren

---

rückbehalten des Schlüssels; infolgedessen ist er selbst ohne Schwierigkeit imstande, wenn er zu der Kassette gelangt, über deren Inhalt zu herrschen. Bei der Eröffnung eines verschlossenen Briefes, welche sowohl Kapff wie das R. G. zum Vergleiche heranziehen, liegt die Sache allerdings anders, da in diesem Falle der Umschlag dem Briefabsender das gleiche thatsächliche Hindernis zur Eröffnung des Briefes bietet wie dem Briefträger.

[3]) Dernburg a. a. O. S. 61.

[4]) Bekker a. a. O. S. 50.

Herrn zueignet, nur eine Unterschlagung. Strafrechtlich ist unbestritten, daß der Kassierer oft Gewahrsam an dem in seiner Kasse befindlichen Gelde hat. Civilrechtlich wird er nur Besitzhalter sein,[5]) da er im Erwerbsgeschäfte seines Prinzipals thätig, zweifellos dessen Weisungen in Bezug auf jenes Kassengeld nachzukommen hat. Hier gehen also wieder Gewahrsam im strafrechtlichen und unmittelbarer Besitz im civilistischen Sinne auseinander. § 855 B. G. B.'s legt nämlich Gewicht darauf, daß der Besitzhalter „im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte oder in einem ähnlichen Verhältnisse" für einen anderen die thatsächliche Gewalt ausübe. Dies ist für den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff, wie auch Binding (Grundriß Bd. II S. 150) hervorhebt, völlig unerheblich. Für ihn werden vielmehr insbesondere folgende Gesichtspunkte maßgebend sein: Der Umfang des räumlichen Herrschaftsgebiets des Gewahrsamsinhabers,[6]) die Art der Thätigkeit des Gewahrsamshalters, sowie subjektiv die Bethätigung des Herrschaftswillens seitens des Herrn durch Kontrolle und Aufsicht über den Gewahrsamshalter bezw. sein Übertragungswille.[7])

Dienstboten haben in der Regel an den Sachen ihrer Dienstherrschaft, soweit sie sich in deren Räumlichkeiten befinden, keinen Gewahrsam. Daß sie zu denselben ebensogut oder vielmehr noch besser Zutritt haben wie jene, ist ohne Bedeutung; denn die Dienstherrschaft behält die Aufsicht, sie läßt die Dienstboten mit den Sachen nur han-

---

[5]) Wendt Arch. f. civilistische Praxis Bd. 87 S. 66.

[6]) Daß die Raumverhältnisse eine wichtige Rolle spielen, wird auch von Kapff S. 63 ff hervorgehoben. Dieses Moment tritt gerade für den civilrechtlichen Begriff ganz in den Hintergrund.

[7]) Frank § 242 A. VI unterscheidet, ob „die Sache für die übergeordnete Person jederzeit zugänglich ist oder nicht." Dieses thatsächliche Moment allein erscheint nicht ausreichend.

tieren.[8]) Anders, wenn ihnen die Sachen ausdrücklich anvertraut werden, z. B. die Herrschaft bei einer Sommerreise die Wohnungsschlüssel dem Portier übergiebt.[9]) Wird ein Dienstmädchen beauftragt, einen defekten Kunstgegenstand zum Reparateur zu tragen, so überkommt sie den Gewahrsam, sobald sie aus den Räumlichkeiten der Herrschaft hinaustritt, es sei denn, daß diese am Fenster stehend, sie noch eine Strecke weit verfolgen und somit kontrolieren kann. Behält sie daher den Gegenstand, nachdem sie aus dem Gesichtskreis der Herrschaft entschwunden ist, für sich, so macht sie sich evtl. nur einer Unterschlagung schuldig, ebenso wie die Köchin, die das auf dem Markte für das Geld der Hausfrau gekaufte Gemüse sich aneignet.[10])

Eine große Rolle spielen die Raumverhältnisse auch bei der Frage, inwieweit das landwirtschaftliche Gesinde Gewahrsam an den Sachen der Herrschaft hat. Wenn Drescher sich das Getreide in der Scheune des Gutsherrn aneignen, unterschied man

---

[8]) Auch Huber S. 71, Kapff 62. Eine Pflegerin, welche die Verteilung von Speisen in einem Pflegehause vorzunehmen hatte, und die von diesen Speisen sich etwas aneignete, verurteilte das Reichsgericht wegen Diebstahls. Deutsche Juristenzeitung Bd. II S. 450.

[9]) Indessen liegt nicht stets in der Übergabe der Schlüssel auch die Aufgabe des Gewahrsams. Richtig entschied R G Entsch. Bd. 29 S. 209, daß der Angeklagte, der in einem Neubau Rohre zu legen hatte, welche in einem verschließbaren Bretterverschlage aufbewahrt wurden, dadurch nicht den Gewahrsam übertragen erhielt, daß sein Arbeitgeber ihm die Schlüssel zu jenem Verschlage aushändigte; denn die Übergabe der Schlüssel hatte nur den Zweck, dem Angeklagten den Zugang zu diesem Raume zu ermöglichen.

[10]) Auch Binding Grdr. II S. 152. Nach Strohal (Ihering's Jahrbücher Bd. 38 S. 6) liegt zweifellos ein Fall unselbständiger Inhabung vor, wenn der Austräger einer Buchhandlung Bücher den Kunden zuträgt oder von diesen abholt. Strafrechtlich hat er dagegen Gewahrsam.

früher,[11]) ob die Aneignung geschah, während sie mit dem Ausdreschen beschäftigt waren, oder zu einer anderen Zeit. Im ersteren Falle nahm man nur Unterschlagung an, da das Getreide den Arbeitern zum Ausdreschen anvertraut wäre. Das scheint nicht gerechtfertigt zu sein; denn wie dem Dienstmädchen das Kochgeschirr, welches sie zu reinigen hat, nicht anvertraut ist, so treten die Drescher zu dem Getreide auch nur insoweit in ein äußeres Verhältnis, als es die Ausführung ihres Auftrages mit sich bringt. Sie begehen daher in jedem Falle durch eine rechtswidrige Aneignung des Getreides einen Diebstahl.

Wenn dagegen der Gutsherr seinen Knecht mit einem Wagen voll Kartoffeln zur nächsten Stadt schickt, so verübt der Knecht durch die Aneignung eines Teiles der Kartoffeln nur eine Unterschlagung;[12]) denn er hat allein die thatsächliche Herrschaft über den Wagen und seinen Inhalt; man wird nicht meinen können, daß der Gewahrsam des Herrn an den Kartoffeln deshalb fortdauert, weil der Wagen des Gutsherrn, auf dem die Kartoffeln transportiert werden, als dessen Herrschaftsgebiet seinen Gewahrsam vermittele. Eine solche Vermittelung wird nur bei unbeweglichen Räumlichkeiten anzunehmen sein, da man sonst schwerlich eine feste Grenze für eine derartige Herrschaftsvermittelung ziehen könnte. Aus diesem Grunde wird man nicht ohne Weiteres mit Kapff (S. 63 f.) dann einen Diebstahl annehmen, wenn ein Knecht vom Gutshofe eine Ladung Kartoffeln auf das Feld zu führen hat und einen Teil derselben sich zueignet, vielmehr wird man nach der Ent-

---

[11]) Klien S. 171 ff, ebenso Huber S. 72, der auch annimmt, daß die Spinnerin das in der Fabrik zum Weifen erhaltene Garn nur unterschlägt. Im Sinne des Textes Kapff S. 63, 64, Hälschner System Bd. 3 S. 436, v. Schwarze Kommentar § 242 No. 9, auch Reichsgericht Rechtsprechung Bd. 7 S. 303.

[12]) So auch Huber S. 74, Hälschner System Bd. 3 S. 437.

fernung des Feldes vom Gutshofe unterscheiden müssen und einen Diebstahl etwa nur dann für vorliegend erachten, wenn vom Gutshofe aus eine Kontrolle über den Weg bis zum Felde ausgeübt wurde.

Insofern, als dagegen das Feld und auch der Wald als Herrschaftsgebiete des Besitzers erscheinen, in denen dieser herrscht, liegt Diebstahl vor, wenn sich der Mäher das von ihm gemähte Heu, der Holzfäller[13]) das von ihm gefällte Holz widerrechtlich aneignen.

Anders, wenn der Eigentümer eines Waldes seinen Knecht beauftragt, sein im Walde lagerndes, bereits gefälltes Holz abzuholen, und der Knecht dieses, anstatt es auf den Wagen zu laden, in sofortiger Zueignungsabsicht bei Seite schafft. Hier hat der Knecht den Gewahrsam des Herrn nicht gebrochen, da er das Holz mit dem Willen des letzteren in seinen Gewahrsam genommen hat; es kann also nur Unterschlagung, nicht aber Diebstahl angenommen werden.[14])

Die industriellen Arbeiter, die innerhalb der Fabrikräume sich Arbeitsmaterial, Handwerker, die sich auf dem Bauplatze Handwerkzeug aneignen, machen sich des Diebstahls schuldig; denn der Arbeitsherr behält den Gewahrsam am Material und den Werkzeugen vermöge seiner Gewalt über den Fabrikraum bezw. Bauplatz sowie der ausgeübten Kontrolle; dagegen wird der Arbeiter, der sein Arbeitsmaterial mit nach Hause nimmt und dort verarbeitet, nur eine Unterschlagung begehen können,[15]) ebenso

---

[13]) Oppenhoff Rechtsprechung des Obertribunals Bd. 14 S. 717, Schwarze Kommentar § 242 No. 9.

[14]) Ebenso Olshausen § 242 No. 22 und Merkel in v. Holtzendorff's Handb. Bd. III S. 645. Das Ober-Tribunal (Oppenhoff, Rechtsprechung des Ober-Tribunals Bd. 12 S. 45) nahm Diebstahl an.

[15]) Auch Frank § 242 A. VI.

der Handwerker, dem ich eine Sache zur Reparatur in seine Werkstatt gebe, dagegen wieder nicht der Stellmacher, der unter meinen Augen den defekten Wagen repariert.

Der Handlungsgehilfe hat an den im Geschäftslokale seines Herrn befindlichen Waaren keinen Gewahrsam,[16]) er erwirbt auch den Gewahrsam nicht an dem ihm von den Kunden als Kaufpreis eingehändigten Gelde. Steckt er das Geld zu sich, anstatt es in die Ladenkasse zu legen, so begeht er einen Diebstahl, nicht eine Unterschlagung.[17])

Denn der Prinzipal hat den generellen Willen, das für ihn als den Geschäftsinhaber bestimmte Geld zu erwerben, in seine Gewalt zu bekommen; er hat die Herrschaft über den Geschäftsraum im ganzen[18]) und vermag die Thätigkeit seiner Angestellten beliebig zu kontrollieren. Mit dem Umfange des Geschäftsbetriebes, der thatsächlichen Stellung der Angestellten und dem Maße der geübten Kontrolle wird sich das Verhältnis freilich ändern. Der Verwalter einer Filiale, der Kassierer, der Reisende, der Prokurist, um dessen Thätigkeit der abwesende Prinzipal sich wenig kümmert, haben selber den Gewahrsam: Sie können nicht stehlen, sondern nur unterschlagen. Wann indessen im einzelnen der Gewahrsam auf Seiten der Angestellten anzunehmen sein wird, läßt sich nicht generell bestimmen, ist vielmehr Thatfrage.

Vielfach wird bei Angestellten und zwar wie bei Privatbeamten so auch bei öffentlichen Beamten für die

---

[16]) R. G. Entsch. Bd. II S. 1.

[17]) Insbesondere auch R. G. Entsch. Bd. 30 S. 88.

Unklar Huber S. 75, der die auf Diebstahls strafe lautenden Urteile c. Kindler u. Glaser anscheinend billigt, nachher aber von Unterschlagung spricht.

[18]) Daß die Räumlichkeit hier den Gewahrsam vermittele, betont auch Kapff S. 65.

Frage der Gewahrsamsverteilung der Umstand von Wichtigkeit sein, ob sie eine Verwaltung ausüben:[19]) Dann wird man ihnen an dem verwalteten Gut Gewahrsam zusprechen können, z. B. dem Gutsverwalter, und zwar ohne Unterschied, ob er den ganzen Güterkomplex seines Herrn oder nur ein Nebengut verwaltet. Denn wollte man eine das gesamte Herrengut umfassende Verwaltung fordern, welche Staatsbeamten hätten da noch Gewahrsam![20])

Keinen Gewahrsam erwirbt derjenige, dem ich auf kurze Zeit ein Paket in die Hand gebe, das er halten soll, während ich mir einen Fahrschein löse, keinen Gewahrsam der Gast, der im Restaurant Messer und Gabel des Wirtes vorübergehend benutzt, ebensowenig der Wächter[21]) oder der Gepäckträger, der meinen Koffer trägt;[22]) verschwindet er allerdings in dem Verkehrsgewühle aus meinem

[19]) Dies betont insbesondere Reichsgericht Entsch. Bd. 14 S. 305.

[20]) Diesen Unterschied macht Rotering im Gerichtssaal Bd. 38 S. 310. Nach Wendt Archiv f. civilistische Praxis Bd. 87 S. 66 sind die Beamten in öffentlichen Dienstgebäuden stets — vom Hausminister bis zum Präsidenten — Besitzdiener. Das kann für Strafrecht nicht maßgebend sein.

[21]) Binding Grdr. II S. 150, Oppenhoff Rechtsprechung des Obertribunals Bd. 14. S. 681.

[22]) Auch Frank § 242 A. 4. Mit Recht hält Kapff S. 76 den in Goltdammer's Archiv Bd. XVII S. 361 erwähnten Fall für Diebstahl: Ein Bauer, welcher sich von der Angeklagten besprechen lassen wollte, gab dieser auf ihr Verlangen 16 Thaler, welche sie zum Zwecke der Besprechung auf einen Bindfaden legen zu müssen vorgab. Als sich dann der Bauer auf das weitere Erfordern der Angeklagten, ein Säckchen mit Salz herbeizuholen, aus dem Zimmer entfernte, eignete sich jene 14 Thaler an. Ein Anvertrauen liegt hier nicht vor, vielmehr sollte die Angeklagte mit dem Gelde nur bestimmte Manipulationen ausführen. Auch Hans Ewald erklärt den von ihm S. 7 mitgeteilten Fall S. 28 mit Recht für Diebstahl.

Gesichtskreise, so überkommt er den Gewahrsam mit der ausschließlichen thatsächlichen Herrschaft. Desgleichen erhält Gewahrsam der Frachtführer, dem Sachen zum Transporte eingehändigt werden, wie auch der Verwahrer und der Garderobier.[23]) So wird man ebenfalls dem Hirten an der Herde,[24]) die er auf die Alp zu treiben hat, Gewahrsam zu erkennen, denn er hat sie thatsächlich ausschließlich in seine Gewalt bekommen, und nicht minder dem Soldaten an seiner Montur und seinen Waffen.[25])

Streitig ist die Gewahrsamsverteilung bei der Miete. Nach der einen[26]) Ansicht giebt der Vermieter einer unbeweglichen Sache seinen Gewahrsam an dieser zu Gunsten des Mieters schlechthin auf. Indessen wird die Beantwortung dieser Frage nach der jedesmaligen thatsächlichen Lage der Dinge verschieden ausfallen müssen. Es macht einen Unterschied, ob jemand auf mehrere Monate eine herrschaftliche möblierte Wohnung oder nur eine Schlafstelle auf eine Woche mietet. In jenem Falle wird der Mieter allerdings Gewahrsamsinhaber, in diesem Falle werden oft die in ärmlichen Verhältnissen lebenden Vermieter bei Tage jene Stube thatsächlich mitbenutzen und so den Gewahrsam nicht aufgegeben haben; auch der Sommergast oder der Reisende, der im Hotel nach der jedesmaligen Benutzung seines Zimmers den Zimmerschlüssel im Korridor ans Schlüsselbrett hängt, wird die ausschließliche Herrschaft über das gemietete Zimmer nicht haben und daher

---

[23]) Binding Grdr. II S. 150.

[24]) Binding Grdr. II S. 152. A. M Huber S. 71, im Sinne des Textes auch Merkel in Holtz. Hdb. Bd. III S. 640.

[25]) Binding cod=m. Nach Strohal a. a. O. S. 7 ist dies ein zweifelloser Fall unselbständiger Inhabung.

[26]) Vertreten von Hälschner System III S. 430, Oppenhoff § 242 No. 21 und dem Reichsgerichte, Rechtsprechung Bd. 2 S 184, Entscheidungen Bd. 3 S. 358 und Bd. 5 S. 43.

durch Aneignung der mitvermieteten Sachen einen Diebstahl verüben können.[27])

Eine im täglichen Verkehr häufige, aber schwierig abzugrenzende Erscheinung des Gewahrsams ist der von Binding[28]) treffend als subsidiärer Gewahrsam bezeichnete. Er beruht auf dem Gedanken, daß der generelle Gewahrsam über eine ganze Räumlichkeit vor dem Spezialgewahrsam einer anderen in diese Räumlichkeit eintretenden Person zurückweicht, sich aber dann, wenn jener Spezialgewahrsam aufhört, insbesondere, weil sein bisheriger Inhaber die Sache liegen gelassen und verloren hat, auf die Sache unmittelbar erstreckt. Indessen wird man diesen subsidiären Gewahrsam nicht einen allzugroßen Umfang annehmen lassen dürfen und beachten müssen, daß der Spezialgewahrsam stärker ist als der generelle, daß jener daher an sich fortzudauern bestrebt ist, und daß die in mein Herrschaftsgebiet eintretenden Sachen nur dann in meinen Gewahrsam kommen, wenn mein Wille auf ihre Aufnahme gerichtet ist. Hänge ich also im Restaurant meinen Mantel an einen neben meinem Sitze befindlichen Nagel, so bleibt mein Gewahrsam bestehen, auch wenn ich mich auf einige Minuten aus dem Gastzimmer entferne — der Wirt würde eventl. durch Aneignung des Mantels einen Diebstahl begehen. Aber selbst dann, wenn ich den Mantel in jenem Lokale vergesse, dauert mein Gewahrsam noch fort, freilich wird der Wirt dem Mantel schwerlich ansehen können, ob er bloß hangen geblieben, also noch in meinem Gewahrsam befindlich, oder wirklich ver-

---

[27]) Gegen eine generelle Beantwortung der Frage sind auch Berner Lehrbuch S. 555, Binding Grundriß II S. 153, v. Liszt S. 447, Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 640, Rotering Gerichtssaal Bd. 38, S. 315. Ähnlich wie im Texte Frank § 242 A. VI.

[28]) Binding Grundriß II. S. 151.

loren ist; aber man kann nicht mit Hälschner[29]) schon beim bloßen Zurücklassen des Mantels den Gewahrsam an ihm als auf den Wirt übergegangen annehmen. Ob nun aber bei Eintritt des Verlustes des Gewahrsams am Mantel dieser ohne Weiteres auf den Wirt auch ohne dessen Wissen übergeht, ist davon abhängig, ob der Wirt generell in seinem Lokale verlorene Gegenstände in seinen Gewahrsam aufnehmen will,[30]) sodaß ein Dritter durch Aneignung derselben einen Diebstahl begehen könnte. Ob ein derartiger Wille vorliegt, ist Thatfrage und um so weniger anzunehmen, je größer und unübersichtlicher die Räumlichkeiten sind, in denen eine Sache liegen geblieben ist.[31]) Man wird deshalb die Bestimmung des § 978 B. G. B.'s nur billigen können, nach welcher eine Sache in den Geschäftsräumen oder Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt gefunden werden kann. Das Civilrecht geht also ebenfalls von dem Gedanken aus, daß in den gedachten Fällen der Inhaber der Räumlichkeiten über die in denselben verlorenen Sachen nicht ohne Weiteres die thatsächliche Gewalt erlangt. Es steht dem nichts entgegen, auch im Strafrechte übereinstimmend zu entscheiden: Wer z. B. in einem Bahnhofswartesaale liegen gebliebene Sachen findet und sich aneignet, bricht nicht fremden Gewahrsam

---

[29]) Hälschner II S. 286 u. System 3 S. 433. Ähnlich Hans Ewald S. 23 und auch Frank § 242 A. V.

[30]) Binding Grdr. II S 151 hebt hervor, das besondere äußere Maßnahmen dafür sprechen können.

[31]) Wenn Hilse in seinen Ausführungen über den Fund in Straßenbahnwagen (Goltdammer's Archiv Bd. 39 S. 409) S. 412 sagt: „In dem Augenblicke, wo der Fahrgast den Wagen verließ, geht die Sache in den Gewahrsam des Betriebsunternehmers bezw. des Schaffners über" und diese Behauptung mit dem Hinweis auf die civile Haftung des Unternehmers für Gepäck zu begründen sucht, so vermag ich dem nicht beizustimmen.

und begeht deshalb eventuell nur eine Unterschlagung. Ebenso befindet sich Civil- und Strafrecht in Übereinstimmung, wenn nach § 867 B. G. B.'s eine durch Zufall auf ein fremdes Grundstück gelangte Sache nicht schon deshalb in die Gewalt des Grundstücksbesitzers übergeht. Der Hut, der vom Wind erfaßt, über den Zaun in einen abgeschlossenen Garten geworfen wird, ist zwar aus meinem Gewahrsam ausgeschieden, denn der Zaun verhindert mich an der Ausübung meiner Herrschaft, aber deshalb nicht in den Gewahrsam des Gartenbesitzers eingetreten; der etwa in dem Garten beschäftigte Gärtnerlehrling würde durch Aneignung des Hutes nur eine Unterschlagung begehen. Dagegen wird zum Trocknen aufgehängte Wäsche, welche auf ein freies Nachbargrundstück hinüberfliegt, von dem Nachbar gestohlen werden können, da der Gewahrsam des Wäschebesitzers noch nicht erloschen ist, zumal wenn seine Leute beim Aufhängen beschäftigt sind, und das Hinüberfliegen alsbald bemerken.[32])

[32]) Übereinstimmend Strohal a. a. O. S. 54.

Litteratur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare und Materialien

a) des Strafrechts:

Berner, Lehrbuch 18. Auflage 1898.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. I 1885.
„ Grundriß des deutschen Strafrechts Bd. II 1896.
Finger, Kompendium des österreichischen Strafrechts 1894/95.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert von Reinhard Frank 1897.
Goltdammer's Materialien zum preußischen Strafgesetzbuch 1851, 1852.
Hälschner, System des preußischen Strafrechts Bd. III 1868 (zitiert Hälschner System).
„ Gemeines deutsches Strafrecht Bd. II 1881 (zitiert Hälschner II).
v. Liszt, Lehrbuch 7. Auflage 1896 und 9. Auflage 1899.
Merkel, Lehrbuch 1889.
„ in v. Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III 1874.
H. Meyer, Lehrbuch 5. Auflage 1895.
Olshausen, Kommentar 5. Auflage 1897.
Oppenhoff, „ 13. „ 1896.
Rüdorff-Stenglein, Kommentar 4. Auflage 1892.
Schütze, Lehrbuch 2. Auflage 1874.
v. Schwarze, Kommentar 4. Auflage 1879.
v. Wächter, Vorlesungen 1881.

b) des Civilrechts.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II 1. 1899.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht Deutschlands und Preußens Bd. III. 1898.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II. 1898.
Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B.'s. 1898.
Gareis u. A., Kommentar zum B. G. B. 1898 ff.
Mugdan, Materialien zum B. G. B. I. 1899.

II. Monographien:

Binding, Die Normen und ihre Übertretung 1872, 1877.
Dickel, Der Thatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht 1877.
Hans Ewald, Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung von einander 1899.
Huber, Die Unterschlagung 1875.
v. Ihering, Der Zweck im Recht Bd. II 2. Auflage 1886.
Kapff, Die Unterschlagung 1879.
Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls 1806.
J. Kohler, Studien aus dem Strafrechte I 1890.
v. Liszt, Deliktsobligationen 1896.
Lobe, Über den Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes 1898.
Maschke, Das Eigentum in Civil- und Strafrecht 1895.
Römpler, Der Begriff des Gewahrsams in Civil- und Strafrecht 1894.
v. Stemann, Das Vergehen der Unterschlagung und Untreue 1870.
Ziethen, Die Unterschlagung von vertretbaren Sachen 1900.

III. Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen:

Archiv für die civilistische Praxis:
Bd. 87: Wendt der mittelbare Besitz des B. G. B.'s.
Deutsche Juristenzeitung Jahrgang 2 und 5.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Goltdammer's Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht 1853 ff.
Jhering's Jahrbücher für Dogmatik:
Bd. 34: Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen,
Bd. 38: Strohal, Der Sachbesitz nach dem B. G. B.
Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Sächsisches Archiv Bd. 8.
Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft; neue Folge.